الكفاية
في شرح الهداية

الكتاب: الكفاية في شرح الهداية

Title: AL-KIFĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام جلال الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي
(ت ٧٦٧ هـ)

Author: Al-Imam Jalaluddin Al-Karlany
Al-Khawarazmy Al-Hanafi (D. 767 H.)

المحقق: محمد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Mohammad Ahmad Al-Haqqani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (8Vols./8Parts)	4376	عدد الصفحات (٨أجزاء/٨مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2019 A.D. - 1441 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st (2 Colors)	الطبعة الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-9421-3

الكفاية

في شرح الهداية

تأليف

الإمام جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي

المتوفى سنة ٧٦٧هـ

حققها وهذبها وقوم نصوصها وعلق عليها

محمد أحمد الحقاني الأفغاني

ماجستير في العلوم الإسلامية والعربية

تطبع للمرة الأولى محققة ومنقحة عن النسختين المخطوطتين

الجزء السابع

يحتوي هذا الجزء:

الإكراه - الحجر - المأذون - الغصب - الشفعة

القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح - الأضحية

الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد

دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الإِكْرَاهِ

قَالَ: (الْإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَىٰ إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ اسْمٌ لِفِعْلٍ يَفْعَلُهُ المَرْءُ بِغَيْرِهِ

كتاب الإكراه

هو في اللغة مصدر: أَكْرَهه، إذا حمله علىٰ أمرٍ يكرهه ولا يريده، والكَرْه بالفتح اسمٌ منه، وفي الشرع اسمٌ لفعلٍ يفعله المرءُ بغيره، فينتفي به رضاه، ثمَّ يفسد به اختياره إن كان ملجيًا، وإلا لا يفسدُ، ولا يزول به أهلية المكره، ولا يسقطُ عنه الخطاب، لأنَّ المكره مبتلًى والابتلاء تحقق الخطاب، ألا يرىٰ أنه متردِّد بين فرضٍ وحظرٍ ورخصةٍ، ويأثمُ مرَّةً ويؤجر أخرىٰ، وهو آية الخطاب.

وفي المبسوط: ثمَّ في الإكراه يعتبر معنًى في المكرِه، ومعنًى في المكرَه، ومعنًى في ما أُكره عليه، ومعنًى في ما أُكره به، فالمعتبر في المكرِه تمكُّنه من إيقاع ما هدَّدَ به، فإنه إذا لم يكن متمكنًا من ذلك فإكراهه هذيانٌ، وفي المكرَه أن يكون خائفًا عن نفسه من جهة المكرِه في إيقاع ما هدَّد به عاجلًا، لأنه لا يصيرُ ملجأً محمولًا طبعًا إلَّا بذلك، وفي ما أُكره به أن يكون متلفًا أو مرميًا أو مبلِّغًا عضوًا أو موجبًا لِمَا ينعدم الرضا باعتباره، وفي ما أُكره عليه أن يكون المُكره ممتنعًا عنه قبل الإكراه، إمَّا لحقه، أو لحقِّ آدميٍّ آخر، أو لحقِّ

فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ، وَهٰذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا خَافَ الْمُكْرَهُ تَحْقِيقَ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، وَذٰلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ

الشرع، وبحسب اختلاف هذه الأحوال يختلفُ الحكم.

والأصلُ أنَّ تصرُّفات المكرَه قولًا منعقدةٌ عندنا، إلا أنَّ ما يحتملُ الفسخَ منه كالبيع والإجارة يفسخُ، وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازمٌ، فإذا عُرف هذا فنقول: إذا أُكره علىٰ بيع ماله، أو علىٰ شراء سلعةٍ، أو علىٰ أن يقرَّ لرجلٍ بألفٍ، أو يؤاجر داره، فأُكره علىٰ ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس أي المديد منه ففعلَ فهو بالخيار، إن شاءَ أمضى البيع، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع، لأنَّ الإكراه الملجي يعدم الرضا، والرضا شرطُ صحة هذه العقود، قال الله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩].

فإن قيل: الآية وإن أثبتت الحرمة بدون الرضا لكن مطلق قوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾ [البقرة: ٢٧٥] يوجبُ جواز البيع وإن انعدم التَّراضي؟ قلنا: البيعُ لغةً مبادلة المال بالمال بالتَّراضي، والأصلُ ورود الشرع علىٰ وفاق الحقيقة، ولأنه مخصوصٌ فيخصُّ بدون الرضا، فإن قيل: هذا بمنزلة الشرط والشرطُ يقتضي الوجود عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند عدمه، كما في قوله تعالىٰ: ﴿مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِۚ﴾ [النساء: ٢٥]، قلنا: أوَّل الآية: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] واستثنى منه التجارةَ بالتَّراضي فيبقىٰ غيره في صدر الكلام، توضيحه: أنَّ المستثنىٰ لمَّا كان بصفة التَّراضي يكون المستثنى منه بخلاف التَّراضي وهو الكره، وهذا كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تبيعوا الطعامَ بالطعام إلا سواءً بسواءٍ».

وفي المبسوط: والحدُّ في الحبس الذي هو إكراهٌ ما يجيء الاغتمام البين به، وفي

القَادِرِ وَالسُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ سِيَّانِ عِنْدَ تَحَقُّقِ القُدْرَةِ، وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِنَّ الإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنَ السُّلْطَانِ لِمَا أَنَّ المَنَعَةَ لَهُ وَالْقُدْرَةُ لَا تَتَحَقَّقُ بِدُونِ المَنَعَةِ. فَقَدْ قَالُوا هٰذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ لَا اخْتِلَافُ حُجَّةٍ وَبُرْهَانٍ، وَلَمْ تَكُنِ القُدْرَةُ فِي زَمَنِهِ إِلَّا لِلسُّلْطَانِ، ثُمَّ بَعْدَ ذٰلِكَ تَغَيَّرَ الزَّمَانُ وَأَهْلُهُ، ثُمَّ كَمَا تُشْتَرَطُ قُدْرَةُ المُكْرِهِ لِتَحَقُّقِ الإِكْرَاهِ يُشْتَرَطُ خَوْفُ المُكْرَهِ وُقُوعَ مَا يُهَدِّدُ بِهِ، وَذٰلِكَ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِهِ مَحْمُولًا عَلَىٰ مَا دُعِيَ إِلَيْهِ مِنَ الفِعْلِ.

قَالَ: (وَإِذَا أُكْرِهَ الرَّجُلُ عَلَىٰ بَيْعِ مَا لَهُ أَوْ عَلَىٰ شِرَاءِ سِلْعَةٍ أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ أَوْ يُؤَاجِرَ دَارِهِ فَأُكْرِهَ عَلَىٰ ذٰلِكَ بِالْقَتْلِ أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ أَوْ بِالْحَبْسِ فَبَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَىٰ البَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالْمَبِيعِ) لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هٰذِهِ العُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وَالْإِكْرَاهُ بِهٰذِهِ الأَشْيَاءِ يُعْدِمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ لِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِهِ

الضرب الذي هو إكراهٌ ما يجدُ منه الألم الشديد وليسَ في ذلك حدٌّ لا يُزاد عليه ولا ينقص منه، لأنَّ نصبَ المقادير بالرأي لا يكون، ولكن ذلك علىٰ قدر ما يرى الحاكم إذا رُفع ذلك إليه، فما رأىٰ أنه إكراهٌ أبْطَل الإقرار به لأنَّ ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس.

بِالنَّظَرِ إِلَىٰ العَادَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الإِكْرَاهُ إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَكَذَا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ لِتَرَجُّحِ جَنبَةِ الصِّدْقِ فِيهِ عَلَىٰ جَنبَةِ الكَذِبِ، وَعِنْدَ الإِكْرَاهِ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكْذِبُ لِدَفْعِ المَضَرَّةِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ مُكْرَهًا وَسَلَّمَ مُكْرَهًا يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَثْبُتُ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ الإِجَازَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَجَازَ جَازَ وَالْمَوْقُوفُ قَبْلَ الإِجَازَةِ لَا يُفِيدُ المِلْكَ، وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَىٰ مَحَلِّهِ وَالْفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي

قوله: وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ - وهو الإيجاب والقبول - صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ ... - لكونه مكلفًا في محله، إذ الكلامُ فيه - وَالْفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي، إذ تأثيرُ فوات شرط الجواز في إفساد العقد، كما في الربا، فإنَّ المساواة في الأموال الربوية شرطُ جواز العقد، فإذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض، فهذا مثله، فإن قيل: لو كان بمنزلة البيع الفاسد وَجَب أن لا يعودَ جائزًا في الأحوال كلها، كما لو باع درهمًا بدرهمين وأشباهه؟ قلنا: بيع المكره يشبه البيع الموقوفَ من حيث توقفه علىٰ إجازة المالك له، والبيع الفاسد من حيث إنه صَدَر عن المالك مع عدم شرط جوازه، فمن حيثُ إنه يشبهُ البيع الموقوفَ ففي أيِّ وقت أجازه المالكُ يعود جائزًا، ومن حيثُ إنه يشبه الفاسد يفيد الملكَ بعد القبض عملًا بالشبهين، وإنَّما عملنا علىٰ هذا الوجه لأنَّا متىٰ أظهرنا شبه الموقوف في حقِّ المالك ولم يوجد الملكُ بعد القبض لا يبقى لشبه الفاسد عملٌ، فيتعطَّل العمل بالشبهين، فإن قيل: بيع المكره دون البيع بشرط الخيار فالبائعُ هناك رضي بالسبب دون وصفه وهو اللزوم، وهنا البائع غير راضٍ بأصل السبب؟ قلنا: البائع بشرط الخيار غير راضٍ بالسبب في الحال، لأنه علقه بالشرط فلا يتمُّ رضاه به

فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ المُفْسِدَةِ فَيَثْبُتُ المِلْكُ عِنْدَ القَبْضِ، حَتَّىٰ لَوْ قَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ جَازَ، وَيَلْزَمُهُ القِيمَةُ كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ وَبِإِجَازَةِ المَالِكِ يَرْتَفِعُ المُفْسِدُ وَهُوَ الإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ البَائِعُ بِذٰلِكَ بِخِلَافِ سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ لِأَنَّ الفَسَادَ فِيهَا لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ العَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا الرَّدُّ لِحَقِّ العَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا يَجْعَلُهُ كَبَيْعِ المُكْرَهِ حَتَّىٰ يَنْقُضَ بَيْعُ المُشْتَرِي مِنْ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الفَسَادَ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ المُتَعَاقِدَيْنِ،

قبل الشرط، فكان أضْعَف من بيع المكره، لأنَّ المكرِه راضٍ بالبيع لدفع الشرِّ به نفسه، غير راضٍ بحكم السبب، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهْوَنُهما فكان قاصدًا مختارًا، لكن لا لعينه بل لدفع الشرِّ عن نفسه.

قوله: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ، أي بسمرقند ونواحيها، يريدُ بيع الوفاء وهو أن يقول البائع للمشتري: بعتُ منك هذا بما لَكَ عليَّ من الدَّين علىٰ أنِّي متىٰ قضيتُ الدَّينَ فهو لي.

قوله: وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ المُتَعَاقِدَيْنِ، لأنَّ المتعاقدين وإن سميا بيعًا

وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ بَاطِلًا اعْتِبَارًا بِالْهَازِلِ وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ - رَحِمَهُمُ اللهُ - جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعْضَ الأَحْكَامِ عَلَىٰ مَا هُوَ المُعْتَادُ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعًا فَقَدْ أَجَازَ البَيْعَ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِجَازَةِ كَمَا فِي البَيْعِ المَوْقُوفِ وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، بِأَنْ كَانَ الإِكْرَاهُ عَلَى البَيْعِ لَا عَلَى الدَّفْعِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِجَازَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الهِبَةِ

ولكن غرضهما الرهنُ، والعبرة في العقود للمعانِي، فالكفالةُ بشرط براءة الأصيل حوالةٌ، والحوالةُ بشرط أن لا يبرأ كفالةٌ، وهبة الحرَّة نفسها مع تسمية المهر نكاحٌ، والإعارةُ بأجرٍ إجارةٌ، ولمَّا كان هذا كالرهن في يد المرتَهن لا يملك المرتَهنَ ولا يطلق له الانتفاع إلَّا بإذن مالكه، وهو ضامنٌ لِمَا أَكَلَ من ثمرِهِ واستهلكَ من عينه، والدَّينُ ساقطٌ بِهلاكه في يده إذا كان به وفاءٌ بالدَّين، ولا ضمانَ عليه في الزيادة إذا هلكَ من غير صنعه، وللبائع استِرداده إذا قضىٰ دينه، لا فرقَ بينه وبين الرَّهن في حكم من الأحكام.

وكان السيد الإمام أبو شجاع علىٰ هذا، وأوْصىٰ بنيه عند موته بِهذا، وحين قدم القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله تعالىٰ من بخارا بسمرقند فاستفتي بِهذا فكتبَ أنه رهنٌ وليسَ ببيعٍ، ففرح السيد الإمام بموافقة فتواه، وكان لا يخالفهم في زمانِهم إلا بعض الشباب وكان ضعيفًا، وسُئِل القاضي الإمام الحسن الماتريدي رحمه الله تعالىٰ عمَّن باع داره من آخرٍ بثمنٍ معلومٍ بيع الوفاء وتقابضا ثمَّ استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدَّة هل يلزم الأجرة؟ فقال: لا، لأنه عندنا رهنٌ والراهنُ إذا استأجرَ من المرتَهن لا يجبُ عليه الأجر بِهذه الإجارة، فكذا هذا.

وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّفْعَ فَوَهَبَ وَدَفَعَ حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا، لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُكْرِهِ الِاسْتِحْقَاقُ لَا مُجَرَّدُ اللَّفْظِ، وَذٰلِكَ فِي الْهِبَةِ بِالدَّفْعِ وَفِي الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ عَلَىٰ مَا هُوَ الْأَصْلُ، فَدَخَلَ الدَّفْعُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الْهِبَةِ دُونَ الْبَيْعِ.

ثمَّ ممن يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدر الشهيد تاج الإسلام والإمام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين رحمهم الله تعالىٰ، لأنَّ الفساد باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره، ومن جعله باطلًا يعتبره بالهازل، وثَمَّ إذا تواضعا على الهزل بأصله ثمَّ أنفقا على البناء فإنَّ البيع منعقدٌ، لأنَّ الهازلَ مختارٌ راضٍ مباشرة السبب لكنه غير راضٍ ولا مختارٌ لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبَّدًا، وانعقد العقدُ فاسدًا غير موجب للملك خيار المتبايعين أبدًا، ومشايخ سمرقند رحمهم الله تعالىٰ جعلوه بيعًا جائزًا مفيدًا بعض الأحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيعُ لحاجة الناس إليه، وفي الكافي للنسفي: والصحيحُ أنَّ العقد الذي جرىٰ بينهما إن كان بلفظة البيع لا يكون رهنًا، ثمَّ يُنظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسدَ البيع، وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفَّظا بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيعٍ غير لازمٍ فكذلك، وإن ذكرا البيعَ من غير شرطٍ ثمَّ ذكرا الشرطَ علىٰ وجه الميعاد جاز البيعُ ويلزمُ الوفاء بالميعاد، لأنَّ المواعيدَ قد تكون لازمةً فيجعلُ هذا الميعاد لازمًا لحاجة الناس.

قوله: وَفِي الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ عَلَىٰ مَا هُوَ الْأَصْلُ، يريدُ به أنَّ الأصل في البيع أن يتعلق الاستحقاق به من غير قبضٍ، والتوقف على القبض أو الإجازة من العوارض فلم يكن الإكراه على البيع إكراهًا على الدفع، فكان الدَّفع عن اختيار منه وذا دليلُ الإجازة، أمَّا الهبةُ في أصل الوضع فلا يتعلق بِها الاستحقاقُ من غير قبضٍ، فكان الإكراهُ على الهبة إكراهًا على الدفع نظرًا إلىٰ مقصود المكره، وهو حمله علىٰ شيءٍ يتعلَّقُ به الاستحقاق وإزالة الملك ليتضرَّرُ به لا صورة العقد.

قَالَ: (وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا فَلَيْسَ ذٰلِكَ بِإِجَازَةٍ وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ) لِفَسَادِ العَقْدِ.

قَالَ: (وَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرِ مُكْرَهٍ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْبَائِعِ) مَعْنَاهُ وَالْبَائِعُ مُكْرَهٌ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ (وَلِلْمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ إِنْ شَاءَ) لِأَنَّهُ آلَةٌ لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الإِتْلَافِ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي فَيُضَمِّنُ أَيَّهُمَا شَاءَ كَالْغَاصِبِ وَغَاصِبِ الغَاصِبِ، فَلَوْ ضَمِنَ المُكْرَهُ رَجَعَ عَلَى المُشْتَرِي بِالْقِيمَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ البَائِعِ، وَإِنْ ضَمِنَ المُشْتَرِي نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ

قوله: وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا - أي إن قبض الثمنُ مكرهًا - فَلَيْسَ ذٰلِكَ بِإِجَازَةٍ وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ، لِفَسَادِ العَقْدِ، بالإكراه، وإن كان هالكًا لا يأخذُ منه شيئًا لأنَّ الثمنَ كان أمانةً عند المكره، لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبضُ متىٰ كان بإذن المالك فإنما يجبُ الضمان إذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لأنه كان مكرهًا علىٰ قبضه فكان أمانةً.

قوله: لِأَنَّهُ آلَةٌ لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الإِتْلَافِ، أي وإن لم يصلح آلةً له من حيثُ إنه كلامٌ، لأنَّ التكلُّم بلسان الغير لا يصحُّ، فلو ضمنَ المكره رجعَ على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع بأداء الضمان، لأنَّ المضمون يصير ملكًا للضامن من وقت سبب الضمان.

قوله: وَإِنْ ضَمِنَ المُشْتَرِي - أي أحدُ المشترين - نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ، لأنه ملكه بأداء الضمان فظهرَ أنه باعَ ملك نفسه ولا ينفذُ ما كان قبله، لأنَّ استناد ملك

بَعْدَ شِرَائِهِ لَوْ تَنَاسَخَتْهُ العُقُودُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ، وَلَا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ لِأَنَّ الِاسْتِنَادَ إِلَىٰ وَقْتِ قَبْضِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ المَالِكُ المُكْرَهَ عَقْدًا مِنْهَا حَيْثُ يَجُوزُ مَا قَبْلَهُ وَمَا بَعْدَهُ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَهُوَ المَانِعُ فَعَادَ الكُلُّ إِلَىٰ الجَوَازِ، وَاللهُ أَعْلَمُ

المشتري إلىٰ وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجازَ المالكُ المكرهَ عقدًا منها فإنه ينفذ ما قبله وبعده، لأنَّ المانعَ من النفاذ حقه وقد أسْقَطَ حقه فيعودُ الكلَّ جائزًا، وبخلاف ما إذا أجازَ المالكُ في بيع الفضوليِّ واحدًا من الأشربة حيثُ يجوز ما أجازه خاصَّةً، لأنه باعَ كل واحدٍ منهم ملكَ غيره وقد صار لواحدٍ منهم ملك باتٌّ بالإجازة فأبْطَل الملك الموقوف لغيره، وهنا كلُّ واحدٍ باعَ ملكه، إذ بَيْعٌ المكره مفيدٌ للملك عند القبض والمانعُ من نفوذ الكلِّ حقُّ استرداد المالك، فإذا أسْقَط نفذ الكلُّ، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ: الإِكْرَاهُ الواقِعُ في حُقُوقِ اللَّهِ

(وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ أَنْ يَأْكُلَ المَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ، إنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ ذٰلِكَ بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ قَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ لَهُ إِلَّا أَنْ يُكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلَىٰ ذٰلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَىٰ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ) وَكَذَا عَلَىٰ هٰذَا الدَّمُ وَلَحْمُ الخِنْزِيرِ، لِأَنَّ تَنَاوُلَ هٰذِهِ المُحَرَّمَاتِ إِنَّمَا يُبَاحُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَمَا فِي المَخْمَصَةِ لِقِيَامِ المُحَرَّمِ فِيمَا وَرَاءَهَا، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَّا إِذَا خَافَ عَلَىٰ النَّفْسِ أَوْ عَلَىٰ العُضْوِ، حَتَّىٰ لَوْ خِيفَ عَلَىٰ ذٰلِكَ بِالضَّرْبِ وَغَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ يُبَاحُ لَهُ ذٰلِكَ (وَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَىٰ مَا تُوُعِّدَ بِهِ، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّىٰ أَوْقَعُوا بِهِ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ آثِمٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا أُبِيحَ كَانَ بِالِامْتِنَاعِ عَنْهُ مُعَاوِنًا لِغَيْرِهِ عَلَىٰ هَلَاكِ نَفْسِهِ فَيَأْثَمُ كَمَا فِي حَالَةِ المَخْمَصَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ لِأَنَّهُ رُخْصَةٌ إِذِ الحُرْمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا بِالْعَزِيمَةِ. قُلْنَا: حَالَةُ

فصل: الإكراه الواقع في حقوق الله

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ، لِأَنَّهُ رُخْصَةٌ إِذِ الحُرْمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا بِالْعَزِيمَةِ، فالأصلُ عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ الإثمَ ينتفي

الِاضْطِرَارِ مُسْتَثْنَاةٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ تَكَلُّمٌ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا فَلَا مُحَرَّمَ فَكَانَ إبَاحَةً لَا رُخْصَةً إلَّا أَنَّهُ إنَّمَا يَأْثَمُ إذَا عَلِمَ بِالْإِبَاحَةِ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ، لِأَنَّ فِي انْكِشَافِ الحُرْمَةِ خَفَاءٌ فَيُعْذَرُ بِالْجَهْلِ فِيهِ كَالْجَهْلِ بِالْخِطَابِ فِي أَوَّلِ الإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الحَرْبِ.

قَالَ: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللهِ تَعَالَىٰ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ أَوْ سَبِّ رَسُولِ اللهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِقَيْدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ إكْرَاهًا حَتَّىٰ يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ بِهٰذِهِ الأَشْيَاءِ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ فِي شُرْبِ الخَمْرِ لِمَا مَرَّ، فَفِي الكُفْرِ وَحُرْمَتُهُ أَشَدُّ أَوْلَىٰ وَأَحْرَىٰ.

عن المضطرّ ولا تنكشف الحرمة بالضرورة، قال الله تعالىٰ: ﴿ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ ﴾ [البقرة: ١٧٣] وقال تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝٣﴾ [المائدة: ٣]، وهذا لأنَّ الحرمة بصفة أنَّها ميتةٌ أو خمرٌ، وبالضرورة لا يزولُ ذلك، فإذا امتنعَ كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثمُ بالعزيمةِ، وجه ظاهر الرواية أنَّ الحرمةَ لا تتناولُ حالة الضرورة لأنَّها مستثناةٌ بقوله تعالىٰ: ﴿ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ ﴾ [الأنعام: ١١٩] فإمَّا أن يقال: يصيرُ الكلام عبارةً عمَّا وراء المستثنىٰ وقد كان مباحًا قبل التحريم، فبقي علىٰ ما كان في حالة الضرورة، أو يُقال: الاستثناءُ من التحريم إباحةٌ، وإذا ثبتت الإباحة في حالة الضرورة لم تكن رخصةً وكان امتناعه من التناول حتَّىٰ تلفَ كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفَ فيأثمُ، إلا أنه إنَّما يأثمُ إذا علم بالإباحة في هذه الحالة لأنَّ في انكشاف الحرمة خفاءٌ

قَالَ: (وَإِذَا خَافَ عَلَىٰ ذٰلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ وَيُوَرِّيَ، فَإِنْ أَظْهَرَ ذٰلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) لِحَدِيثِ عَمَّارِ ابْنِ يَاسِرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حَيْثُ أُبْتُلِيَ بِهِ، وَقَدْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كَيْفَ وَجَدْتَ قَلْبَكَ؟ قَالَ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ، وَفِيهِ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] » الآيَةَ، وَلِأَنَّ بِهٰذَا الإِظْهَارِ لَا يَفُوتُ الإِيمَانُ حَقِيقَةً لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ، وَفِي الِامْتِنَاعِ فَوْتُ النَّفْسِ حَقِيقَةً فَيَسَعُهُ المَيْلُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ صَبَرَ حَتَّىٰ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرِ الكُفْرَ كَانَ مَأْجُورًا) ....

لمكان الاجتهاد فيعذرُ بالجهل كالجهل بالخطاب في أوّل الإسلام أو دار الحرب.

قوله: وَيُوَرِّيَ، من التورية وهو أن يظهرَ خلافَ ما يضمرُ.

قوله: لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ حَيْثُ أُبْتُلِيَ بِهِ، رُوِيَ أنَّ المشركين أخذوه ولم يتركوه حتّىٰ سبَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم وذكرَ آلهتكم بخيرٍ ثمَّ تركوه، فلمَّا أتىٰ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم قال: ما وراءكَ؟ قال: شرٌّ ما تركوني حتى نلتُ منكَ وذكرتُ آلهتهم بخيرٍ، فقال: كيفَ تجد قلبكَ؟ قال: أجده مطمئنًّا بالإيمان، قال عليه الصلاة والسلام: «فإن عادوا فعُدْ إلىٰ طمأنينة القلب بالإيمان» وما قيل: فعُدْ إلىٰ ما كان منكَ من النيل مني، وذكر آلهتهم بخيرٍ فغلطٌ، لأنه لا يظنُّ برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمرُ أحدًا بالتكلم بكلمة الشرك.

لِأَنَّ «خُبَيْبًا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - صَبَرَ عَلَىٰ ذٰلِكَ حَتَّىٰ صُلِبَ وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ، وَقَالَ فِي مِثْلِهِ هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ» وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ بَاقِيَةٌ، وَالِامْتِنَاعُ لِإِعْزَازِ الدِّينِ عَزِيمَةٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِلِاسْتِثْنَاءِ.

قوله: لِأَنَّ «خُبَيْبًا رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ صَبَرَ عَلَى ذٰلِكَ، وقصته أنَّ المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه علىٰ أن يذكر آلهتهم بخيرٍ ويسبَّ محمدًا عليه الصلاة والسلام، وهو يسبُّ آلهتهم ويذكر محمدًا عليه الصلاة والسلام بخيرٍ، فأجمعوا علىٰ قتله، فلمَّا أيْقَن أنَّهم قاتلوه سألهم أن يدَعوه ليصلي ركعتين فأوْجَز صلاته وقال: إنَّما أوْجَزتُ لكيلا تظنُّوا أنِّي أخاف القتلَ، ثمَّ سألهم أن يلقوه علىٰ وجهه ليكون ساجدًا حتَّىٰ يقتلوه فأبوا عليه ذلك فرفعَ يديه إلى السماء وقال: اللّٰهم إنِّي لا أرىٰ ههنا إلا وجهَ عدوٍّ فأقرئ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم منِّيَ السلامَ، ثمَّ قال: اللّٰهم أحص هؤلاء عددًا، واجعلهم بددًا، ولا تبقِ منهم أحدًا، ثم أنشأ يقول:

ولستُ أبالي حين أُقْتَل مسلمًا ❊ علىٰ أيِّ جنبٍ كانَ للهِ مَصرعي

فلمَّا قتلوه وصلبوه تحوَّلَ وجهه إلى القبلة وسمَّاه رسولُ الله صلى الله عليه وسلَّم أفضل الشهداء وقال: «هو رفيقي في الجنة» فهذا مبنيٌّ علىٰ أنَّ الامتناع أفضلُ.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِلِاسْتِثْنَاءِ، يعني قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] وأول الآية هو: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُواْ﴾ الآية، أي وأيُّ شيءٍ عرض لكم في أن لا تأكلوا ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ ممَّا لم يحرم بقوله: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وقوله: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾

قَالَ: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذٰلِكَ) لِأَنَّ مَالَ الغَيْرِ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالَةِ المَخْمَصَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ (وَلِصَاحِبِ المَالِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ) لِأَنَّ المُكْرَهَ آلَةٌ لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَالْإِتْلَافُ مِنْ هٰذَا القَبِيلِ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِقَتْلِهِ عَلَىٰ قَتْلِ غَيْرِهِ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ وَيَصْبِرُ حَتَّىٰ يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا) لِأَنَّ قَتْلَ المُسْلِمِ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ لِضَرُورَةٍ مَا فَكَذَا بِهٰذِهِ الضَّرُورَةِ. (وَالْقِصَاصُ عَلَى المُكْرِهِ إِنْ كَانَ القَتْلُ عَمْدًا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ عَلَى المُكْرَهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِمَا. لِزُفَرَ أَنَّ الفِعْلَ مِنَ المُكْرَهِ

[المائدة: ٣] أقوىٰ ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ علىٰ بناء الفاعل وهو اللهُ عزَّوجلَّ ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ ممَّا حرَّم عليكم فإنه حلالٌ لكم في حال الضرورة، لأنَّ الاستثناء من التحريم إباحةٌ، وامتناعه من التناول حتَّىٰ يتلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثمًا، فإن قيل: كما استثنىٰ حالة الضرورة في الميتة استثنى حالة الإكراه هنا، قلنا: ثمَّ استثنى من الحرمة فكان إباحةً لا رخصةً، وهنا من الغضب فينتفي الغضب في المستثنى، ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصةً، وذُكر في الكشاف: «من كفر بالله» شرطٌ مبتدأ وجوابه محذوفٌ، لأنَّه جواب شرح دالٌّ عليه كأنه قيل: من كفر بالله فعليهم غضبٌ إلَّا من أُكره فليس عليه غضبٌ، ولكن من شرح بالكفر صدرًا فعليهم غضبٌ من الله تعالىٰ.

حَقِيقَةً وَحِسًّا، وَقَرَّرَ الشَّرْعُ حُكْمَهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الإِثْمُ، بِخِلَافِ الإِكْرَاهِ عَلَىٰ إِتْلَافِ مَالِ الغَيْرِ لِأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الإِثْمُ فَأُضِيفَ إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَبِهٰذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِيُّ فِي جَانِبِ المُكْرَهِ، وَيُوجِبُهُ عَلَىٰ المُكْرِهِ أَيْضًا لِوُجُودِ التَّسْبِيبِ إِلَىٰ القَتْلِ مِنْهُ، وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هٰذَا حُكْمُ المُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ كَمَا فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَتْلَ بَقِيَ مَقْصُورًا عَلَى المُكْرَهِ مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى التَّأْثِيمِ، وَأُضِيفَ إِلَى المُكْرِهِ مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى الحَمْلِ فَدَخَلَتِ الشُّبْهَةُ فِي كُلِّ جَانِبٍ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ القَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ

قوله: وَقَرَّرَ الشَّرْعُ حُكْمَهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الإِثْمُ، أي أنه يأثمُ إثمَ القتل وإثمُ القتل علىٰ من باشرَ القتل وقد تحقَّق الفعلُ منه حقيقةً وحسًّا، فإذا تحقَّق منه الفعل يُؤاخذ بفعله إلا إذا سقطَ حكم فعله وأضيف إلىٰ غيره شرعًا، كما في الإكراه علىٰ إتلاف مال الغير فإنه سقطَ حكمه وهو الإثم وأضيفَ إلىٰ غيره وهنا لم يسقط فيتقرر.

قوله: وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هٰذَا - أي في القتل - حُكْمُ المُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ، كما في حدِّ قطّاع الطريق يجبُ على الردِّ الولاءُ بالتسبيب، وكما في شهود القصاص عنده، فإنَّ الشاهدين لو شهدا علىٰ رجلٍ بالقتل العمد فاقتصَّ المشهود عليه ثمَّ جاء المشهود به حيًّا يقتل الشاهدان عنده.

قوله: نَظَرًا إِلَى الحَمْلِ، أي الإكراه.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى القَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ، وذلك لأنَّ الآلةَ هيَ التي تعملُ بطبعها كالسيف، فإنَّ طبعه القطعُ عند الاستعمال في

وَهُوَ القَتْلُ بِأَنْ يُلْقِيهِ عَلَيْهِ وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الجِنَايَةِ عَلَىٰ دِينِهِ فَيَبْقَىٰ الفِعْلُ مَقْصُورًا عَلَيْهِ فِي حَقِّ الإِثْمِ كَمَا نَقُولُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَىٰ الإِعْتَاقِ، وَفِي إِكْرَاهِ المَجُوسِيِّ عَلَىٰ ذَبْحِ شَاةِ الغَيْرِ يَنْتَقِلُ الفِعْلُ إِلَىٰ المُكْرَهِ فِي الإِتْلَافِ دُونَ الذَّكَاةِ حَتَّىٰ يَحْرُمَ كَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ طَلَاقِ امْرَأَتِهِ أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ فَفَعَلَ وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ عَلَىٰ الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ العَبْدِ) لِأَنَّهُ صَلَحَ آلَةً لَهُ فِيهِ مِنْ

محلِّه، وكالنار فإنَّ طبعها الإحراقُ، وكالماء فإن طبعه الإغراق، وإذا كان كذلك ففي الجري علىٰ موجب الطابع مشابَهة بالآلة، ولو استعمل القاتلُ آلته التي هيَ السيف في شخصٍ ظلمًا فقتله يجبُ القصاص على القاتل، فكذا يجبُ القصاصُ على المكره ههنا لكون المكره آلةً له.

قوله: وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الجِنَايَةِ عَلَىٰ دِينِهِ، لأنه أكرهه علىٰ أن يجنىٰ علىٰ دينه، ولو انتقلَ ذلك إلى المكره لتحقَّق خلاف المكره وبطلان الإكراه وعود الفعل إلى المحل الأول.

قوله: كَمَا نَقُولُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَى الإِعْتَاقِ، يعني الإعتاق مقصورٌ على المكره من حيثُ التلفظ به وحصول العتق في المحل، حتَّىٰ كان الولاءُ له لأنه لم يصلح آلةً للمكره بهذا الاعتبار، ومن حيثُ إتلاف المالية يُضاف إلى المكره حتى يكون ضامنًا للمالية، وكذا إكراه المجوسيِّ علىٰ ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكرِه من حيث الإتلاف حتى يكون ضامنًا، ولا يقتصرُ على المجوسي في حقِّ الذَّكاة حتَّىٰ يُحَرِّم الذبيحةَ لأنه صلحَ آلة

حَيْثُ الإِتْلَافُ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَلَا سِعَايَةَ عَلَىٰ العَبْدِ لِأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الحُرِّيَّةِ أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَلَا يَرْجِعُ المُكْرَهُ عَلَىٰ العَبْدِ بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِتْلَافِهِ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ المَرْأَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي العَقْدِ مُسَمًّىٰ يَرْجِعُ عَلَىٰ المُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ المُتْعَةِ) لِأَنَّ مَا عَلَيْهِ كَانَ عَلَىٰ شَرْفِ السُّقُوطِ بِأَنْ جَاءَتْ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا، وَإِنَّمَا يَتَأَكَّدُ بِالطَّلَاقِ فَكَانَ إِتْلَافًا لِلْمَالِ مِنْ هٰذَا الوَجْهِ فَيُضَافُ إِلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ ....

للمشير في حقِّ الإتلاف دون الزكاة لأنَّ الحرمة يُحتاطُ فيها.

قوله: لِأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ، كما هو مذهبُ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فإنَّ المستسعىٰ كالمكاتب عنده، أو لتعلق حقِّ الغير كما هو مذهبهما، لأنَّ عندهما إنَّما تجبُ السعاية لتعلُّق حقِّ غير المعتق بالعبد، وههنا لو وجبت لوجبت لتعلُّق حقِّ المعتق، لأنه لا حقَّ هنا لغير المعتق ولا نظيرَ له في الشرع، وقوله: لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ، للاحتِراز عن المريض بعتق عبده وعليه دينٌ فهناكَ تجبُ السعاية لحقِّ الغرماء، وكذلك الراهنُ إذا أعْتَق المرهونُ وهو معسرٌ فإنه تجبُ السعايةَ على العبد لحقِّ المرتَهن.

قوله: وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، ولا يلزمُ علىٰ قولهما إعتاقُ السفيه المحجور حيثُ يعتق وتجبُ السعاية على العبد، لأنه تعلَّقَ به حقُّ المحجور نظرًا له ولا يستوفى حقه من محلٍّ آخر، بخلاف المكره فإنه محجورٌ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ بِهَا لِأَنَّ المَهْرَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لَا بِالطَّلَاقِ. (وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَىٰ التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَفَعَلَ الوَكِيلُ جَازَ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ مُؤَثِّرٌ فِي فَسَادِ العَقْدِ، وَالْوَكَالَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَيَرْجِعُ عَلَىٰ المُكْرِهِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ مَقْصُودَ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ بِهَا لِأَنَّ المَهْرَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لَا بِالطَّلَاقِ، فبقي مجرَّد إتلاف ملك النكاح وإنه ليست بمالٍ فلا يضمنُ بالمال، لأنه مماثلةٌ بين ما هو مالٌ وما ليسَ بمالٍ متقوَّمٍ، وتقوُّمه عند التملك بالنكاح لإظهار خطر الممهور، وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه، ألا ترىٰ أنَّ إزالة الملك بغير شهودٍ وبغير وليٍّ صحيحٌ، فلا حاجة إلىٰ إظهار الخطر عند إتلاف الملك، فلهذا لا يضمنُ المتلفُ شيئًا، ولهذا لا يوجبُ علىٰ شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانًا عند الرجوع، ولا على المرأة إذا ارتدَّت بعد الدخول، ولا على القاتل لمنكوحة الغير.

قوله: وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَفَعَلَ الوَكِيلُ جَازَ اسْتِحْسَانًا، ونفذت تصرُّف الوكيل والقياسُ أن لا تصحَّ الوكالةُ مع الإكراه، لأنَّ الأصل أنَّ كل عقدٍ يؤثرُ فيه الهزلُ يؤثرُ فيه الإكراه، وما لا يؤثرُ فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه لأنَّهما ينفيان الرضا، والوكالة تبطلُ بالهزل فكذا مع الإكراه، وجه الاستحسان أنَّ الإكراه يوجب فساد العقد، والوكالةُ لا تبطلُ بالشروط الفاسدة لأنَّها من الإسقاطات، إذ الموكلُ يسقط حقه بالتفويض إليه، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل.

قوله: وَيَرْجِعُ عَلَى المُكْرِهِ اسْتِحْسَانًا، أي يرجع المُكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكره استحسانًا، والقياسُ أن لا يرجعَ عليه لأنَّ الإكراه وقع على التوكيل وزوالُ الملك لا يثبتُ به، إذ الوكيلُ قد يفعل وقد لا يفعل، فلا يضاف الإتلاف إليه،

الْمُكْرِهِ زَوَالُ مِلْكِهِ إِذَا بَاشَرَ الوَكِيلُ، وَالنَّذْرُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهَ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، وَلَا رُجُوعَ عَلَى الْمُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنْيَا فَلَا يُطَالَبُ بِهِ فِيهَا، وَكَذَا اليَمِينُ، وَالظِّهَارُ لَا يَعْمَلُ فِيهِمَا الإِكْرَاهُ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِمَا الفَسْخَ، وَكَذَا الرَّجْعَةُ وَالْإِيلَاءُ وَالْفَيْءُ فِيهِ بِاللِّسَانِ لِأَنَّهَا تَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ، وَالْخُلْعُ مِنْ جَانِبِهِ طَلَاقٌ أَوْ يَمِينٌ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ، فَلَوْ كَانَ هُوَ مُكْرَهًا عَلَى الخُلْعِ دُونَهَا لَزِمَهَا البَدَلُ لِرِضَاهَا بِالِالْتِزَامِ.

كما إذا شهدَ شاهدان أنَّ فلانًا وكل بعتق عبده فأعْتقه ثمَّ رجعا فإنَّهما لا يضمان، وجه الاستحسان أنَّ غرض المكره زوالُ ملكه إذا باشرَ الوكيل، فكان الزوالُ مقصوده فيضمن ولا ضمانَ على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراهٌ.

قوله: وَالنَّذْرُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهَ، حتَّىٰ لو أُكرهَ بوعيد تلف علىٰ أن يوجب علىٰ نفسه صدقةً أو صومًا أو حجامًا شيئًا يتقرَّبُ به إلى الله تعالىٰ ففعلَ لزمه ذلك، وكذا إن أكرهه على اليمين بشيءٍ من ذلك أو بغيره، لأنَّ النذرَ ممَّا لا يلحقه الفسخ لأنه يمينٌ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «النذرُ يمينٌ» وهيَ ممَّا لا يحتملُ الفسخَ، وما لا يؤثر فيه الفسخُ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الإكراه من حيث منع الصحة كالعتاق، وهذا لأنَّ أثر الإكراه في فوات الرضا وأثره في عدم اللزوم وأثره في حقِّ الفسخ، فما لا يحتملُ الفسخ لا يتأتَّىٰ فيه أمرُ الإكراه فلا يؤثر فيه الإكراه.

قوله: لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنْيَا فَلَا يُطَالَبُ بِهِ فِيهَا، وذلك لأنه أوْجَب عليه حكمًا يطالبُ به في الآخرة، ولا يظهرُ أثره في الدنيا من حيث الإلزام، فلو أوْجَبنا عليه الضمان لأخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدًا علىٰ ما أوْجبه، وهذا لا يجوز.

قَالَ: (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَلْزَمُهُ الحَدُّ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنِ امْرَأَتُهُ مِنْهُ) لِأَنَّ الرِّدَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالِاعْتِقَادِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ لَا يَكْفُرُ وَفِي اعْتِقَادِهِ الكُفْرَ شَكٌّ فَلَا تَثْبُتُ البَيْنُونَةُ بِالشَّكِّ، فَإِنْ قَالَتِ المَرْأَةُ قَدْ بِنْتُ مِنْكَ وَقَالَ هُوَ قَدْ أَظْهَرْتُ ذٰلِكَ وَقَلْبِي مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِلْفُرْقَةِ وَهِيَ بِتَبَدُّلِ الِاعْتِقَادِ وَمَعَ الإِكْرَاهِ لَا يَدُلُّ عَلَىٰ التَّبَدُّلِ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، بِخِلَافِ الإِكْرَاهِ عَلَى الإِسْلَامِ حَيْثُ يَصِيرُ بِهِ مُسْلِمًا، لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ وَاحْتَمَلَ رَجَّحْنَا الإِسْلَامَ فِي الحَالَيْنِ لِأَنَّهُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَىٰ، وَهٰذَا بَيَانُ الحُكْمِ، أَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ، وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى

قوله: إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، أي حينئذٍ لا حدَّ على المكره إذا زنىٰ، وهذا الذي ذكره قوله الآخِر، وأمَّا في قوله الأول يجب الحدُّ على المكرَه إذا زنىٰ وإن كان المكرِه سلطانًا، وهو قول زفر رحمه الله تعالىٰ ثمَّ رجع وقال: لا حدَّ عليه إذا كان المكرِه سلطانًا.

قوله: فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا، قيَّد به لأنَّ في القياس القولَ قولُ المرأة حتّىٰ يفرق بينهما، لأنَّ كلمة الكفر سببٌ لحصول البينونة كلفظ الطلاق، ويستوي في ذلك الطائعُ والمكره، ووجه الاستحسان أنَّ هذه اللفظة غير موضوعةٍ للفرقة، وإنَّما تقعُ الفرقة

الإِسْلَامِ حَتَّىٰ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْتَلْ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَتْلِ. وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَىٰ إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لَا دِيَانَةً. لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ، وَحُكْمُ هٰذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ مَا طُلِبَ مِنِّي وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِي الخَبَرُ عَمَّا مَضَىٰ بَانَتْ دِيَانَةً وَقَضَاءً،

باعتبار تبدل الاعتقاد، والإكراه دليلٌ علىٰ عدم تبدُّل الاعتقاد فلا تقعُ الفرقة.

قوله: وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَىٰ إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لَا دِيَانَةً، لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ، لأنه أكره علىٰ إنشاء الكفر، والإخبار غير الإنشاء وهو طائعٌ فيه، ومن أقرَّ بالكفر فيما مضىٰ طائعًا ثمَّ قال عنيتُ به كذبًا لا يصدقه القاضي، لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين ربه لأنه نوىٰ ما يحتمله لفظه.

قوله: وَحُكْمُ هٰذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ، إمارة إلىٰ قوله: بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لَا دِيَانَةً.

قوله: وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ مَا طُلِبَ مِنِّي - أي الإنشاء - وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِيَ الخَبَرُ، عن ماضٍ بانت منه ديانةً وقضاءً، لأنه بعد ما خطرَ بباله قد تمكَّن من الخروج مما ابتليَ به بأن ينوي ذلك، والضرورةُ تنعدم بِهذا التمكُّن، فإذا لم يفعل ذلك وأنشأ الكفر كان بمنزلة من أجرىٰ كلمة الشرك طائعًا، وذلك لأنه لمَّا خطر بباله الإخبار بالكفر كاذبًا يمكنه التخلص عمَّا أكره عليه بأقلَّ ممَّا أكره عليه وهو الإخبار عن الكفر في الماضي كاذبًا دون الإنشاء، لأنَّ الإنشاء كفرٌ في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، والإخبار عن الكفر كاذبًا في الماضي كفرٌ في القضاء، وأمَّا فيما بينه وبين ربه فليسَ بكفرٍ، ومتىٰ أمْكَن للمكره دفع

لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالْكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مَخْلَصًا غَيْرَهُ. وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ وَسَبِّ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فَفَعَلَ وَقَالَ نَوَيْتُ بِهِ الصَّلَاةَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ وَمُحَمَّدًا آخَرَ غَيْرَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَانَتْ مِنْهُ قَضَاءً لَا دِيَانَةً، وَلَوْ صَلَّىٰ لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِهِ الصَّلَاةُ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ وَسَبُّ غَيْرِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

ما أكرهه عليه بأقلَّ ممَّا أكره عليه فإن يأتِي بالزيادة يجعل طائعًا في الزيادة، لأنه لا حاجةَ إلى الزيادة فقد أنشأ كفرًا طائعًا فيحكمُ بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربِّه، بخلاف ما إذا لم يخطر بباله الإخبار عن الكفر فيما مضىٰ بالكذب، لأنَّ هناكَ لا يمكنه دفع الإكراه إلَّا بعين ما أكرهه عليه، ويجعلُ مكرهـًا والمكره علىٰ إنشاء الكفر لا يُكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه، والوجه الثالث: وهو أن يقول: لم يخطر ببالي شيءٌ لكن كفرتُ بالله كفرًا مستقلًّا وقلبي مطمئنٌّ بالإيمان، فلا تَبِينُ منه امرأته استحسانـًا، لأنه لم يخطر بباله سوىٰ ما أُكره عليه فكانت الضرورة متحقِّقةً، ومع تحقُّق الضرورة يرخَّصُ له في إجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالإيمان.

قوله : وَعَلَى هٰذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ - أي على السجدة للصليب - وَسَبِّ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَفَعَلَ وَقَالَ نَوَيْتُ بِهِ الصَّلَاةَ لِلّٰهِ تَعَالَى وَمُحَمَّدًا آخَرَ غَيْرَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَانَتْ مِنْهُ قَضَاءً لَا دِيَانَةً، وَلَوْ صَلَّىٰ لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِهِ الصَّلَاةُ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ وَسَبُّ غَيْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَانَتْ مِنْهُ دِيَانَةً وَقَضَاءً، لأنه يمكنه دفعُ ما أُكره

وَالسَّلَامُ - بَانَتْ مِنْهُ دِيَانَةً وَقَضَاءً لِمَا مَرَّ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ زِيَادَةً عَلَىٰ هٰذَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

عن نفسه، لأنه لمَّا خطر بباله شتمَ محمدٍ غير النبي قد وجدَ مخرجاً عمَّا ابتلي به، ثمَّ لمَّا تركَ ما خطرَ علىٰ باله وشتمَ محمدًا النبيَّ عليه الصلاة والسلام كان كافرًا، وإن وافقَ المكره فيما أكرهه، لأنه وافقه بعد ما وجد المخرج عمَّا ابتليَ به فكان غير مضطرٍّ في موافقته، ومن شتمَ محمدًا النبي عليه الصلاة والسلام من غير اضطرارٍ كان كافرًا.

قال في المبسوط: وهذه المسئلة تدلُّ علىٰ أنَّ السجود لغير الله تعالىٰ علىٰ وجه التعظيم كفرٌ، وإن لم يخطر بباله شيءٌ وصلَّىٰ للصليب، أو سبَّ محمدًا وقلبه مطمئنٌّ بالإيمان لم تبن منكوحته لا قضاءً ولا ديانةً، لأنه فعل مكرهاً لأنه تعيَّن ما أُكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه إذا لم يخطر بباله غيره.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الحَجْرِ

قَالَ: (الْأَسْبَابُ المُوجِبَةُ لِلْحَجْرِ ثَلَاثَةٌ: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالْجُنُونُ، فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلَا تَصَرُّفُ العَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ بِحَالٍ) . أَمَّا الصَّغِيرُ فَلِنُقْصَانِ عَقْلِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِذْنَ الوَلِيِّ آيَةُ أَهْلِيَّتِهِ، وَالرِّقُّ لِرِعَايَةِ حَقِّ المَوْلَىٰ

كتاب الحَجْر

هو في اللغة المنعُ، ومنه سُمِّيَ الحطيمُ حِجْرًا لأنه مُنِع من الكعبة، وسُمِّي العقل حِجْرًا لأنَّهُ يمنعه من القبائح، قال الله تعالىٰ: ﴿هَلۡ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٞ لِّذِي حِجۡرٍ ۝٥﴾ [الفجر: ٥] أي لذي عقل، وفي الشرع منعٌ عن التصرف قولًا بصغرٍ ورقٍّ وجنونٍ، فاللهُ تعالىٰ خلق الورىٰ علىٰ تفاوتٍ بينهم في الحجى، فجعل بعضهم ذوي النُّهىٰ، ومنهم أعلام الهدىٰ ومصابيح الدُّجىٰ، وجعل بعضهم مبتلًى ببعض أسباب الردَّىٰ، كالمجنون الذي هو عديمُ العقل، والمعتوه الذي هو ناقص العقل، والصبيِّ فأثبت الحجر علىٰ هٰؤلاء نظرًا، فلا يجوز تصرُّف الصغير أي لا ينفذ.

قوله: وَلَا - يجوز - تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ، أي الذي لا يفيقُ أصلًا.

قوله: بِحَالٍ، أي في جميع الأحوال.

كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبْدِهِ. وَلَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ المَوْلَىٰ بِالْإِذْنِ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالْجُنُونُ لَا تُجَامِعُهُ الأَهْلِيَّةُ فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ، أَمَّا العَبْدُ فَأَهْلٌ فِي نَفْسِهِ وَالصَّبِيُّ تُرْتَقَبُ أَهْلِيَّتُهُ فَلِهٰذَا وَقَعَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مِنْ هٰؤُلَاءِ شَيْئًا، أَوِ اشْتَرَىٰ، وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ) لِأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي العَبْدِ لِحَقِّ المَوْلَىٰ فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ، وَفِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ نَظَرًا لَهُمَا فَيَتَحَرَّىٰ مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَعْقِلَا البَيْعَ لِيُوجَدَ

قوله: كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبْدِهِ، يعني لو لم يثبت الحجر لنفذَ البيع الذي باشره، وكذا الشراء فيلحقه ديونٌ فيأخذ أرْباب الديون أكسابه وهيَ منفعة المولىٰ فيتعطَّل منافعه.

قوله: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هٰؤُلَاءِ شَيْئًا، أَوِ اشْتَرَىٰ، وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ، المراد بِهٰؤلاء الصبيِّ والعبدِ والمجنون الذي يجنُّ ويفيقُ، وهو المعتوه الذي يصلحُ وكيلًا عن غيره، وهو قد يعقلُ البيع ويقصده وإن كان لا يرجِّح المصلحةَ على المفسدة، لا الذي ذهبَ عقله فإنَّ تصرُّفه لا يصحُّ وإن لحقه الإجازة لعدم الانعقاد، وبقوله: يَعْقِلُ البَيْعَ، أن يعرف أنَّ البيع جالبٌ للثمن سالبٌ للمبيع والشراء بعكسه، وبقوله: وَيَقْصِدُهُ، أن يقصد إثبات الحكم، وفيه احتِراز عن الهازل فإنَّه لا يقصد حكمه، وهذا لأنَّ التوقف في تصرُّف العبد لحقِّ المولىٰ وفي الصبيِّ والمجنون لحقِّهما فيتحرَّى المصلحةَ في تصرف هٰؤلاء، ولا بُدَّ أن يعقلا البيعَ ليتحقَّقَ ركن البيع فينعقد موقوفـًا على الإجازة، فإن قيل: التوقُّف يستقيمُ في البيع، أمَّا الشراء فلا يتوقَّف بل ينفذ على المباشر؟ قلنا: الشراء إذا

رُكْنُ العَقْدِ فَيَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا عَلَى الإِجَازَةِ، وَالْمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُرَجِّحُ المَصْلَحَةَ عَلَى المَفْسَدَةِ وَهُوَ المَعْتُوهُ الَّذِي يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الوَكَالَةِ. فَإِنْ قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِنْدَكُمْ فِي البَيْعِ. أَمَّا الشِّرَاءُ فَالْأَصْلُ فِيهِ النَّفَاذُ عَلَىٰ المُبَاشِرِ. قُلْنَا: نَعَمْ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَيْهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَمْ نَجِدْ نَفَاذًا لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ أَوْ لِضَرَرِ المَوْلَىٰ فَوَقَفْنَاهُ.

قَالَ: (وَهٰذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ دُونَ الأَفْعَالِ) لِأَنَّهُ لَا مَرَدَّ لَهَا لِوُجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، بِخِلَافِ الأَقْوَالِ، لِأَنَّ

وجد نافذًا على المباشر ينفذُ عليه كالفضوليِّ إذا اشترىٰ مالَ إنسانٍ لآخرٍ فإنه ينفذ عليه ولا يتوقَّف، أمَّا إذا لم يجد نفاذًا لعدم الأهلية، كما في الصبي والمجنون، أو لضرر المولىٰ كما في العبد فيتوقَّفُ.

قوله: وَهٰذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ، حتَّىٰ أوْجَب التوقف في الأقوال التي تَتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء، وأوْجَب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم أقوال تتمحض ضررًا، كالطلاق والعتاق في حقِّ الصغير والمجنون، دون العبد فإنه يمكنه الطلاق.

قوله: لَا مَرَدَّ لَهَا لِوُجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، فإنه إذا قتل إنسانـًا أو قطع يده أو أراقَ شيئـًا لا يمكن أن يجعل القتل والقطع والإراقة كالعدم، لأنَّهُ يؤدِّي إلىٰ أن لا يكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولًا ومقطوعـًا ومراقـًا، وهو دخولٌ في السوفسطائية وإنكار الحقائق، بخلاف الأقوال فإنَّ اعتبارها بالشرع، أمَّا الإنشاءات فظاهرٌ إذ التطليق

اعْتِبَارَهَا مَوْجُودَةً بِالشَّرْعِ وَالْقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ (إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) فَيُجْعَلُ عَدَمُ القَصْدِ فِي ذٰلِكَ شُبْهَةً فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

قَالَ: (وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَلَا إِقْرَارُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عَتَاقُهُمَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ» وَالْإِعْتَاقُ يَتَمَحَّضُ مَضَرَّةً، وَلَا وُقُوفَ لِلصَّبِيِّ عَلَى المَصْلَحَةِ فِي الطَّلَاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ،

والإعتاق والبيعُ والهبة ونحوها لا تؤثرُ في المحل حسًّا وإنَّما صار المحل محرمـًا ومحررًا ومملوكـًا بالشرع، وأمَّا الإخبارات كالأقارير والشهادات فموجبها عُرف شرعـًا لأنَّها دلالاتٌ على المخبر عنه فيجوزُ أن لا تقعُ دلالةً لأنَّها تحتملُ الصدق والكذب بذاتِها.

قوله: وَالْقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ، أي القصدُ شرطُ اعتبارها موجودةً، إذ الكلامُ المعتبر ما يكون موجودًا بصورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يوجدُ إلَّا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقلَ للصبيِّ والمجنون فلا يكون لهما قصدٌ، واعتبار الفعل لا يتوقَّفُ على القصد فالنائمُ إذا انقلبَ علىٰ مال إنسانٍ وأتْلَفه يضمنُ وإن عدم القصد، إلَّا إذا كان القصدُ فعلًا يتعلَّقُ به حكمٌ يسقطُ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهةً في حقِّ الصبيِّ والمجنون، حتّىٰ لا يجبُ عليهما الحدُّ بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، استثناءٌ من قوله: لأنـَّهُ لا مردَّ لها.

وَلَا وُقُوفَ لِلْوَلِيِّ عَلَىٰ عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهٰذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَىٰ إجَازَتِهِ وَلَا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، بِخِلَافِ سَائِرِ العُقُودِ. قَالَ: (وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ) إحْيَاءً لِحَقِّ المُتْلَفِ عَلَيْهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ كَوْنَ الإِتْلَافِ مُوجِبًا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ القَصْدِ كَالَّذِي يَتْلَفُ بِانْقِلَابِ النَّائِمِ عَلَيْهِ وَالْحَائِطِ المَائِلِ بَعْدَ الإِشْهَادِ، بِخِلَافِ القَوْلِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (فَأَمَّا العَبْدُ فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِقِيَامِ أَهْلِيَّتِهِ (غَيْرُ نَافِذٍ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ) رِعَايَةً لِجَانِبِهِ ، لِأَنَّ نَفَاذَهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَكُلُّ ذٰلِكَ إتْلَافُ مَالِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لِوُجُودِ الأَهْلِيَّةِ وَزَوَالِ المَانِعِ وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي الحَالِ لِقِيَامِ المَانِعِ (وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ لَزِمَهُ

قوله: وَلَا وُقُوفَ لِلْوَلِيِّ عَلَىٰ عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، أي لا وقوفَ للوليِّ علىٰ مصلحة الطلاق، لأنَّ ذا يعتمدُ العلمَ بتباين أخلاقهما وتنافر طباعهما إذا بلغَ الصغيرُ حدَّ الشهوة، ولا علمَ للوليِّ بذلك، بخلاف سائر العقود لإمكان وقوفه على المصلحة.

قوله: وَالْحَائِطِ المَائِلِ بَعْدَ الإِشْهَادِ، الحائطُ إذا تلَف به شيءٌ يضمن صاحب الحائط وإن عدم القصد من صاحبه في سقوطه.

قوله: بِخِلَافِ القَوْلِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، أي من أنَّ القصد من شرطه.

فِي الحَالِ) لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ حَتَّىٰ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَوْلَىٰ عَلَيْهِ بِذٰلِكَ (وَيَنْفُذُ طَلَاقُهُ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِقَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «لَا يَمْلِكُ العَبْدُ وَالْمُكَاتَبُ شَيْئًا إِلَّا الطَّلَاقَ» وَلِأَنَّهُ عَارِفٌ بِوَجْهِ المَصْلَحَةِ فِيهِ فَكَانَ أَهْلًا، وَلَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مِلْكِ المَوْلَىٰ وَلَا تَفْوِيتُ مَنَافِعِهِ فَيَنْفُذُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، لأنَّ الحدودَ والقصاصَ من خواص الآدمية وهو ليسَ بمملوكٍ من حيث إنه آدميٌّ، وإن كان مملوكـًا من حيث إنه مالٌ، ولهذا لا يصحُّ إقرار المولىٰ عليه بِهما، فإذا بقي علىٰ أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره فيهما، لأنَّهُ أقرَّ بما هو حقُّه وبطلان حقِّ المولىٰ ضمنيٌّ، فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يملكُ العبدُ والمكاتبُ شيئـًا إلا الطلاقَ» يقتضي أن لا يملك الإقرارَ بالحدود والقصاص؟ قلنا: لمَّا بقي علىٰ أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرار الحرِّ لا إقرار العبد، ولأنَّ قوله تعالىٰ: ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ [القيامة: ١٤] يقتضي أن يصحَّ، ولا يقال: أنه خصَّ منه الإقرار بالمال، لأنَّ النصَّ لم يتناوله، إذ إقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الإقرار علىٰ نفسه، فإن قيل: يحمل النصَّ على الحرِّ دفعـًا للتعارض؟ قلنا: يحمل الأثر علىٰ غير هذه الصورة دفعـًا للتعارض.

قوله: وَيَنْفُذُ طَلَاقُهُ، لِمَا رَوَيْنَا، أرادَ به ما ذكر قُبيل هذا وهو: كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلا طلاق الصبي والمعتوه، والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ الحَجْرِ لِلْفَسَادِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يُحْجَرُ عَلَىٰ الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ مُبَذِّرًا مُفْسِدًا يُتْلِفُ مَالَهُ فِيمَا

باب الحجر للفساد

اعلم أنَّ الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ على الحرِّ العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة، وعندهما يجوز بغير الفسق، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يجوز بالكلِّ، وإنَّما يصحُّ الحجر عندهما في تصرفاتٍ لا تصحُّ مع الهزل والإكراه، كالبيع والإجارة والهبة والصدقة، وما يحتملُ الفسخ، وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجماعاً، وكذا الأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص، والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتّباع الهوىٰ وترك ما يدلُّ عليه الحجىٰ، والسفيهُ من عادته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف بتصرفاتٍ لا لغرضٍ، أو لغرضٍ لا يعدُّه العقلاء من أهل الديانة غرضاً، مثل دفع المال إلى المغنين واللَّعابين، وشراء الحمام الطيارة بثمنٍ غالٍ، والغبنَ في التجارة من غير محمدةٍ، وأصل المسامحة في التصرفات والبر والإحسان مشروعٌ إلا أنَّ الاسراف حرامٌ كالاسراف في الطعام والشراب، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ﴾ [الفرقان: ٦٧].

قوله: يُتْلِفُ مَالَهُ فِيمَا لَا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلَا مَصْلَحَةَ، بأن يحرق ماله، أو يلقيه في

لَا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلَا مَصْلَحَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -: (يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ مُبَذِّرٌ مَالَهُ بِصَرْفِهِ لَا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَقْتَضِيه العَقْلُ فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ بَلْ أَوْلَىٰ، لِأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ احْتِمَالُ التَّبْذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ وَلِهٰذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ، ثُمَّ هُوَ لَا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ لِأَنَّهُ يُتْلِفُ بِلِسَانِهِ مَا مُنِعَ مِنْ يَدِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا بِالرَّشِيدِ، وَهٰذَا لِأَنَّ فِي سَلْبِ وِلَايَتِهِ إِهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ وَإِلْحَاقُهُ بِالْبَهَائِمِ وَهُوَ أَشَدُّ ضَرَرًا مِنَ التَّبْذِيرِ فَلَا يُتَحَمَّلُ الأَعْلَىٰ لِدَفْعِ الأَدْنَىٰ، حَتَّىٰ

البحر، وما أشبه ذلك.

قوله: وَلِهٰذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ، أجمعوا علىٰ أنه يمنعُ عنه ماله ما لم يبلغ خمساً وعشرين سنةً، فإذا بلغ لا يمنعُ منه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما دامَ المنع ما دام السفه.

قوله: أَنَّهُ مُخَاطَبٌ في هذا الوصف، إشارةٌ إلىٰ أهلية التصرُّف، لأنَّ التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جرياً علىٰ موجب التكليف، والاستيفاء إنَّما يكون بالوصول إلى الأموال وذلك بالتمليك والتملُّك، وبالعقل يثبتُ أهلية التميز، والشرع جعل الرشد سبيلًا من التصرفات تمليكاً وتملُّكاً لهذا المعنىٰ، وأنه موجود في حقِّ السفيه لأنَّهُ مكلَّفٌ عاقلٌ كالرشيد فكان بسبيلٍ منه.

قوله: فَلَا يُتَحَمَّلُ الأَعْلَىٰ - أي الحجر - لِدَفْعِ الأَدْنَىٰ، وهو التبذير، وهذا

لَوْ كَانَ فِي الحَجْرِ دَفْعُ ضَرَرٍ عَامٍّ كَالْحَجْرِ عَلَى المُتَطَبِّبِ الجَاهِلِ وَالْمُفْتِي المَاجِنِ وَالْمُكَارِي المُفْلِسِ جَازَ فِيمَا يُرْوَىٰ عَنْهُ، إذْ هُوَ دَفْعُ

لأنَّ نعمةَ المال نعمةٌ زائدةٌ وإطلاق اللسان نعمةٌ أصلية، لأنَّ الآدميَّ إنَّما فارَقَ سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات.

قوله: كَالْحَجْرِ عَلَى المُتَطَبِّبِ الجَاهِلِ، فإنه يسقي الناسَ في أمراضهم دواءً مهلكاً وهو يعلمُ بذلك أو لا يعلم.

قوله: وَالْمُفْتِي المَاجِنِ، الماجنُ الذي لا يبالي ما صنعَ وما قيل له، ومصدره المجون، والمجانة اسمٌ منه، والفعل من باب طلب، كذا في المغرب، وفي الذخيرة: المفتي الماجن هو الذي يُعلِّم الناس الحِيَل الباطلة، بأن يُعلِّم المرأة حتَّىٰ ترتدَّ فتَبِينُ من زوجها، ويعلم الرجل أن يرتدَّ فتسقطَ عنه الزكاة ثمَّ يسلم، ولا يبالي أن يُحَرِّم حلالًا أو يحلَّ حراماً، فضررُ هذا متعدٍّ إلى العامة.

قوله: وَالْمُكَارِي المُفْلِسِ، هو الذي يتقبَّلُ الكراءَ ويؤاجرُ الإبلَ وليسَ له إبلٌ ولا غيرها يُحمل عليه ولا مالٌ يشترىٰ به الدواب، والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويتصرَّف هو ما أخذَ منهم في حاجته، وإذا جاء أوان الخروج يخفي هو نفسه فتذهبُ أموال الناس، ورُبَّما يصير ذلك سبباً لتقاعدهم عن الخروج إلى الحجِّ والغزو، وفساد هذا الشخص متعدٍّ أيضا، وإلحاق الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائزٌ، أمَّا ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدٍّ بل يقتصرُ عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هٰؤلاء، فجواز الحجر في حقِّ هٰؤلاء يدلُّ علىٰ جواز الحجر في المختلف فيه، فإن قيل: جعل الله تعالىٰ للسفيه وليًّا قوله تعالىٰ: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؟ قلنا: السفيه هو المجنون عنده، وعليه كثير من أهل التأويل.

ضَرَرِ الأَعْلَىٰ بِالْأَدْنَىٰ، وَلَا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَىٰ مَنْعِ المَالِ لِأَنَّ الحَجْرَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي العُقُوبَةِ، وَلَا عَلَىٰ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهٰذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرَ لَهُ الشَّرْعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آلَةِ القُدْرَةِ وَالْجَرْيُ عَلَىٰ خِلَافِهِ لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْعُ المَالِ مُفِيدٌ لِأَنَّ غَالِبَ السَّفَهِ فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذٰلِكَ يَقِفُ عَلَى اليَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَىٰ قَاضٍ آخَرَ فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازَ) لِأَنَّ الحَجْرَ مِنْهُ فَتْوَىٰ وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ

قوله: وَلَا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَىٰ مَنْعِ المَالِ، هذا جوابٌ عن قولهما: وَلِهٰذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ، أى إذا بلغ سفيهـًا يمنعُ عنه المال بالاتفاق.

قوله: لِأَنَّ الحَجْرَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي العُقُوبَةِ، أى لأنَّ الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده في العقوبات، لأنَّ نعمة اليد على المال نعمةٌ زائدةٌ، وإطلاق اللِّسان واعتبار البيان نعمةٌ أصليةٌ، فبيان جواز إلحاق ضررٍ يسيرٍ وهو المنعُ عن المال بتفويت نعمةٍ زائدةٍ لا يدلُّ علىٰ جواز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية.

قوله: لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، يعني أنَّ الصبيَّ لمَّا كان يعجز عن النظر لنفسه مسَّتِ الحاجة إلىٰ صيرورة الغير وليًّا له، فيصير الصبيُّ مولًى عليه والمولىٰ عليه لا يلي التصرُّف، أمَّا السفيه فقادرٌ على النظر لنفسه لأنَّهُ أعطيَ له آلة القدرة من العقل والبلوغ وإن كان يعدلُ عن سنن العقل.

قوله: وَمَنْعُ المَالِ مُفِيدٌ، هذا جوابٌ عن قولهما: ثُمَّ هُوَ لَا يُفِيدُ.

قوله: لِأَنَّ الحَجْرَ مِنْهُ فَتْوَىٰ، هذا جوابٌ عمَّا يقال: تصرُّف المحجور بالسفه

لَمْ يُوجَدَ المَقْضِيُّ لَهُ وَالْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءً فَنَفْسُ القَضَاءِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِمْضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ رُفِعَ تَصَرُّفُهُ بَعْدَ الحَجْرِ إِلَىٰ القَاضِي الحَاجِرِ أَوْ إِلَىٰ غَيْرِهِ فَقَضَىٰ بِبُطْلَانِ تَصَرُّفِهِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَىٰ قَاضٍ آخَرَ نَفَذَ إِبْطَالُهُ لِاتِّصَالِ الإِمْضَاءِ بِهِ فَلَا يُقْبَلُ النَّقْضُ بَعْدَ ذٰلِكَ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذَا بَلَغَ الغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ

بحكم القاضي ينبغي أن لا ينفذَ أصلًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولا يكون لقاضٍ آخر أن يبطل الحجر، لأنَّ القضاء الأوَّل لاقى محل الاجتهاد فلا يقبل النقضَ لِمَا عُرِف؟ فأجابَ أنَّ القضاء منه يكون فتوًى وليس بقضاءٍ، وهو علىٰ قول محمدٍ رحمه الله تعالىٰ ظاهرٌ، لأنَّهُ كان محجورًا قبل قضائه حتَّىٰ كان مفسدًا لماله، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ وإن كان يحتاجُ فيه إلىٰ حكم الحاكم لكن هذا قضاءٌ من وجه، لأنَّهُ يثبت بقضائه ما لم يكن ثابتًا، ولكنه فتوًى من وجه لأنَّهُ لم توجد شرائط القضاء وهو المقضيُّ له والمقضىٰ عليه والدعوى والإنكار، حتى لو وجد الدعوى والإنكار بأن تصرف بعد الحجر فرفع إلىٰ قاضٍ وجرت الخصومة بينه وبين عاقده فقضى القاضي عليه بإبطال التصرف وصحَّح الحجرَ فإنه يصير متفقًا عليه فلا ينفذُ تصرفه بعد ذلك، ونظيره القاضي إذا قضىٰ بجواز بيع أمِّ الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقًا عليه لأنَّهُ فتوًى وبعد الخصومة صار متفقًا عليه.

قوله: وَلَوْ كَانَ قَضَاءً، يعني ولئن سلمنا أنَّ حجر القاضي قضاء، بأن يجعل السفيه مقضيًا له من حيث إنَّ الحجر ما ثبتَ إلَّا نظرًا له والقضاءُ بالحجر يقعُ عليه فيجعل مقضيًا عليه، فإذا وجد المقضيَّ له والمقضىٰ عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاءً، ولكن نفس القضاء مختلفٌ فيه، وقضاء القاضي بالمختلف إنَّما يرفعُ الخلافَ إذا لم يكن

مَالُهُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذٰلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ. وَقَالَا: لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّىٰ يُؤْنَسَ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ) لِأَنَّ عِلَّةَ المَنْعِ السَّفَهُ فَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ العِلَّةُ وَصَارَ كَالصِّبَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ مَنْعَ المَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ، وَلَا يَتَأَدَّبُ بَعْدَ هٰذَا ظَاهِرًا وَغَالِبًا؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جَدًّا فِي هٰذَا

نفس القضاء مختلفًا فلا بُدَّ من قضاءٍ آخر لنفاذ هذا القضاء.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ مَنْعَ المَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ، يعني أنَّ منع المال عنه علىٰ طريق مشايخنا ثابتٌ بطريق العقوبة عليه ليكون زجرًا له عن التبذير، والعقوباتُ مشروعةٌ بالأسباب الحسية، فأمَّا إهدارُ القولِ في التصرفات بمعنًى حكميٍّ فالعقوباتُ بِهذا الطريق غير مشروعةٍ كالحدود، ولا يدخلُ عليه إسقاطُ شهادة القاذف فإنه متمِّمُ حده عندنا، لأنَّا نقول: إنَّما كان كذلك لكونه تابعًا لِمَا هو حسيٌّ وهو إقامة الحدِّ لا مقصودًا بنفسه.

قوله: أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جَدًّا فِي هٰذَا السِّنِّ، وذلك لأنَّ أدنىٰ مدَّة البلوغ في حقِّ الغلام اثنتا عشرة سنةً ثمَّ يولدُ له ابنٌ لستة أشهرٍ، لأنَّ أقلَّ مدَّة الحمل ستة أشهر ثمَّ يبلغُ ابنه باثنتي عشرة سنةٍ، ثمَّ يولد له ابنٌ لستة أشهرٍ فيصير جدًّا بعد خمس وعشرين سنةً، ولو فرضنا مقام الابن البنتَ تصير جدَّةً في اثنتين وعشرين سنةً، لأنَّ أدنىٰ مدة بلوغ البنت تسعَ سنين، لكن هذا الذي ذكره عامٌّ في الذكور والإناث، ولمَّا صار جدًّا صار فرعه أصلًا فكان الجدُّ متناهيًا في الأصالة، فإذا لم يؤنس رُشده في سنٍّ تناهت أصالته عرفنا أنه انقطعَ رجاءُ التأديب منه فلا معنىٰ لمنع المال عنه بعد ذلك، إذ المنعُ كان للتأديب وهو

السِّنِّ فَلَا فَائِدَةَ فِي المَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ، وَلِأَنَّ المَنْعَ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِلِ البُلُوغِ وَيَنْقَطِعُ بِتَطَاوُلِ الزَّمَانِ فَلَا يَبْقَىٰ المَنْعُ، وَلِهٰذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لَا يُمْنَعُ المَالُ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصِّبَا، ثُمَّ لَا يَتَأَتَّىٰ التَّفْرِيعُ عَلَىٰ قَوْلِهِ وَإِنَّمَا التَّفْرِيعُ عَلَىٰ قَوْلِ مَنْ يَرَىٰ الحَجْرَ. فَعِنْدَهُمَا لَمَّا صَحَّ الحَجْرُ لَا يَنْفُذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ تَوْفِيرًا لِفَائِدَةِ الحَجْرِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الحَاكِمُ لِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وُجِدَ وَالتَّوَقُّفُ لِلنَّظَرِ لَهُ وَقَدْ نَصَّبَ الحَاكِمُ نَاظِرًا لَهُ فَيَتَحَرَّىٰ المَصْلَحَةَ فِيهِ، كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقْصِدُهُ. وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ حَجْرِ القَاضِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حَجْرِ القَاضِي عِنْدَهُ، لِأَنَّ الحَجْرَ دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ

لم يبقَ محلًّا للتأديب في حقِّ ماله.

قوله: وَلِأَنَّ المَنْعَ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِلِ البُلُوغِ، لأنَّ أوَّل أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، وبقاء أثره كبقاء عينه، فإذا امتدَّ الزمانُ وظهرت الخبرة والتجربةُ لم يبقَ أثر الصبا وحدثَ ضربٌ من الرشد لا محالةَ لأنَّهُ حال كمال لُبِّه، فقد رُويَ عن ابن عمر رضي الله عنه قال: ينتهي لُبُّ الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين، وقال أهل الطبائع: من بلغ خمساً وعشرين فقد بلغَ رشده، ولأنَّ مدَّة البلوغ من حيث السنِّ ثماني عشرة سنةً فقدَّرنا مدَّة القرب منه بسبع سنين اعتبارًا بمدَّة التميز في الابتداء علىٰ ما أشارَ إليه النبيُّ صلى الله عليه وسلم في قوله: «مُروا صبيانَكُم بالصلاةِ إذا بَلَغوا سَبْعاً».

قوله: دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ، لأنَّهُ لمَّا نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي

وَالنَّظَرِ وَالْحَجْرُ لِنَظَرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ فِعْلِ الْقَاضِي. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عِنْدَهُ، إِذِ العِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبَا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافُ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْفُذُ. وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ إِلَخْ وَمَا لَا فَلَا، لِأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعْنَىٰ الهَازِلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الهَازِلَ يُخْرِجُ كَلَامَهُ لَا عَلَىٰ نَهْجِ كَلَامِ العُقَلَاءِ لِاتِّبَاعِ الهَوَىٰ وَمُكَابَرَةِ العَقْلِ لَا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ، فَكَذٰلِكَ السَّفِيهُ

ملكه كما كان، ففي إبقاء الملك له نظرٌ وفي إهدار قوله ضررٌ، ومثل هذا لا يرجِّح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضي، توضيحه: أنَّ السفه ليس بشيءٍ محسوسٍ، وإنَّما يستدلُّ به بأن يغبن في التصرفات، وقد يكون حيلةً منه لاستجلاب قلوب المجاهزين، فإذا كان محتملًا مترددًا لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي.

قوله: لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عِنْدَهُ، إِذِ العِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ، والفرقُ لمحمَّدٍ رحمه الله تعالىٰ بين حجر السفيه حيثُ لا يتوقَّفُ على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقَّفُ علىٰ قضاء القاضي هو أنَّ حجر السفيه لمعنًى فيه وهو سوء اختياره لا لحقِّ الغير، فأشْبَه الجنون وثمَّ ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقَّف على القضاء فكذا ههنا، وأمَّا الحجر بسبب الدين ليس لمعنًى فيه بل لحقِّ الغرماء حتَّىٰ لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقَّف علىٰ قضاء القاضي، لأنَّ له ولايةً عليه فيعمل حجره، فأمَّا الغريمُ فلا ولايةَ له فلا يجوز حجره.

قوله: لِأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعْنَى الهَازِلِ، فإن قيل: أنَّ السفيه لمَّا كان بمنزلة الهازل والهازلُ إذا أعْتَق عبده لا تجب السعاية على العبد فينبغي أن يكون السفيه كذلك؟ قلنا: الحجرُ على السفيه للنظر والنظرُ في السعاية، ولا كذلك الهازلُ لأنَّهُ ليسَ بمحجورٍ.

وَالْعِتْقُ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنْهُ. وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ حَتَّىٰ لَا يَنْفُذَ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إِلَّا الطَّلَاقَ كَالْمَرْقُوقِ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَصِحُّ مِنَ الرَّقِيقِ فَكَذَا مِنَ السَّفِيهِ (وَ) إِذَا صَحَّ عِنْدَهُمَا (كَانَ عَلَى العَبْدِ أَنْ يَسْعَىٰ فِي قِيمَتِهِ) لِأَنَّ الحَجْرَ لِمَعْنَىٰ النَّظَرِ وَذٰلِكَ فِي رَدِّ العِتْقِ إِلَّا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ القِيمَةِ كَمَا فِي الحَجْرِ عَلَى المَرِيضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ إِنَّمَا تَجِبُ حَقًّا لِمُعْتِقِهِ وَالسِّعَايَةُ مَا عُهِدَ وُجُوبُهَا فِي الشَّرْعِ إِلَّا لِحَقِّ غَيْرِ المُعْتِقِ (وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ جَازَ) لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ العِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ مَا دَامَ

قوله: وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ - أي عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ - أَنَّ الحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ، حَتَّىٰ لَا يَنْفُذَ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إِلَّا الطَّلَاقَ كَالْمَرْقُوقِ، ووجهه أنَّ السفه لا يزيلُ الخطابَ ولا يخرجه من أن يكون أهلًا لالتزامه العقوبةَ باللسان باكتساب سببها أو بالإقرار بِها بمنزلة الرقِّ، فكما أنَّ بالرقِّ لا ينفذُ شيءٌ من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه؟ قلنا: لا يجوز أن يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرقِّ، لأنَّ ذلك حجرٌ لحقِّ الغير في المحلِّ الذي يلاقيه، حتَّىٰ أنَّ فيما لا حقَّ للغير فيه يكون نافذًا كإقراره بالحدِّ والقصاص.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ، مستثنى من قوله: فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ، أي بحقيقة إعتاق المحجور بسبب السفه تجبُ السعاية، ولا تجبُ السعاية علىٰ مدبره في التدبير ما دام المولىٰ حيًّا، لأنَّهُ بعد صحة التدبير مالٌ مملوكٌ له يستخدمه، ولا يمكنُ إيجاب

الْمَوْلَىٰ حَيًّا لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ سَعَىٰ فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ عَتَقَ بِمَوْتِهِ وَهُوَ مُدَبَّرٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ (وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ الْوَلَدُ حُرًّا وَالْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَىٰ ذٰلِكَ لِإِبْقَاءِ نَسْلِهِ فَأُلْحِقَ بِالْمُصْلِحِ فِي حَقِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَ هٰذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ كَالْإِقْرَارِ بِالْحُرِّيَّةِ إِذْ لَيْسَ لَهُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا. وَنَظِيرُهُ الْمَرِيضُ إِذَا ادَّعَىٰ وَلَدَ جَارِيَتِهِ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا التَّفْصِيلِ.

نقصان التدبير عليه لأنَّهُ لمَّا بقي علىٰ ملكه والمولى لا يستوجبُ علىٰ ملكه ديناً تعذَّر إيجابُ نقصان التدبير عليه، ألا ترىٰ أنه لو دبَّر عبده بمالٍ وقَبِلَ العبد صحَّ التدبيرُ ولا يجبُ المال.

قوله: وَنَظِيرُهُ الْمَرِيضُ إِذَا ادَّعَىٰ وَلَدَ جَارِيَتِهِ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا التَّفْصِيلِ، المريض المديون إذا ادَّعىٰ ولد جاريته، أي قال لأمته: هذه أمُّ ولدي، إن كان معها ولدٌ لا تسعىٰ في قيمتها للغرماء، وإن لم يكن معها سعت في جميع قيمتها للغرماء، وهذا لأنَّهُ إذا كان معها ولدٌ فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في إبطال حقِّ الغير فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرُّفه، بخلاف ما إذا لم يكن معها ولدٌ لأنَّهُ لا شاهدَ لها هنا فإقراره لها بحقِّ العتق بمنزلة إقراره بحقيقة الحرية، فلا يقدر علىٰ بيعها بعد ذلك ويسعىٰ في قيمتها بعد موته، كما لو أعتقها.

قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَازَ نِكَاحُهَا) لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ، وَلِأَنَّهُ مِنْ حَوَائِجِهِ الأَصْلِيَّةِ (وَإِنْ سَمَّىٰ لَهَا مَهْرًا جَازَ مِنْهُ مِقْدَارُ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ (وَبَطَلَ الفَضْلُ) لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهٰذَا الْتِزَامٌ بِالتَّسْمِيَةِ وَلَا نَظَرَ لَهُ فِيهِ فَلَمْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ وَصَارَ كَالْمَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ لَهَا النِّصْفُ فِي مَالِهِ) لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ صَحِيحَةٌ إِلَىٰ مِقْدَارِ مَهْرِ المِثْلِ (وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ أَوْ كُلَّ يَوْمٍ وَاحِدَةً) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ (وَيُنْفَقُ عَلَىٰ أَوْلَادِهِ وَزَوْجَتِهِ وَمَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ) لِأَنَّ إِحْيَاءَ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ مِنْ حَوَائِجِهِ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَىٰ ذِي الرَّحِمِ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِقَرَابَتِهِ،

قوله: أَوْ كُلَّ يَوْمٍ وَاحِدَةً، يعني لو تزوَّج كل يومٍ واحدةً ثمَّ طلَّقها، هكذا يفعل مرارًا من غير حصر، فإنه يصحُّ تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ، وبهذه المسئلة احتجَّ أبو حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ أنه لا فائدةَ في الحجر عليه، لأنَّهُ لا ينسدُّ باب إتلاف المال عليه، فإنه يتلف ماله بِهذا الطريق بأن يتزوَّج كل يوم امرأةً ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ المرأة منه ذلك المقدار جبرًا، فيتلفُ ماله بِهذا الطريق إذا عجز عن إتلافه بطريق البيع والهبة، بل هذا أضرُّ له من إتلاف ماله بطريق الهبة، إذ هو يكتسب المحمدةَ في البر والإحسان والمذمةِ في التزوج والطلاق، قال عليه الصلاة والسلام: «لَعَنَ اللهُ كل ذوَّاقٍ مطلاقٍ».

وَالسَّفَهُ لَا يُبْطِلُ حُقُوقَ النَّاسِ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إِلَيْهِ لِيَصْرِفَهَا إِلَىٰ مَصْرِفِهَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نِيَّتِهِ لِكَوْنِهَا عِبَادَةً، لٰكِنْ يَبْعَثُ أَمِينًا مَعَهُ كَيْ لَا يَصْرِفَهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ. وَفِي النَّفَقَةِ يَدْفَعُ إِلَىٰ أَمِينِهِ لِيَصْرِفَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ نِيَّتِهِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ حَيْثُ لَا يَلْزَمُهُ المَالُ بَلْ يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِالصَّوْمِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ، فَلَوْ فَتَحْنَا هٰذَا البَابَ يُبَذِّرُ أَمْوَالَهُ بِهٰذَا الطَّرِيقِ، وَلَا كَذٰلِكَ مَا يَجِبُ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ فِعْلِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الإِسْلَامِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَىٰ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ (وَلَا يُسَلِّمُ القَاضِي النَّفَقَةَ إِلَيْهِ وَيُسَلِّمُهَا إِلَىٰ ثِقَةٍ مِنَ الحَاجِّ يُنْفِقُهَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ الحَجِّ) كَيْ لَا يُتْلِفَهَا فِي غَيْرِ هٰذَا الوَجْهِ (وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا) اسْتِحْسَانًا لِاخْتِلَافِ العُلَمَاءِ فِي وُجُوبِهَا، بِخِلَافِ مَا زَادَ عَلَىٰ مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الحَجِّ (وَلَا

قوله: بَلْ يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِالصَّوْمِ، لأنَّ يده مقصورةٌ عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله، وبمنزلة من يكون له دَينٌ علىٰ إنسانٍ، أو غَصَبَ غاصبٌ من يده وهو ما كان يعطيه فله أن يكفر بالصوم.

قوله: وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا، اسْتِحْسَانًا، وفي القياس لا يُعطىٰ له نفقة السفر لأنَّ العمرةَ عندنا تطوُّعٌ، فصار كما لو أراد الخروجَ للحجِّ تطوُّعاً بعدَ ما حجَّ حجَّة الإسلام، وجه الاستحسان أنَّ العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنعُ منها احتياطاً.

يُمْنَعُ مِنَ القِرَانِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْ إِفْرَادِ السَّفَرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا (وَلَا يُمْنَعُ مِنْ أَنْ يَسُوقَ بَدَنَةً) تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الخِلَافِ، إِذْ عِنْدَ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَا يُجْزِئُهُ غَيْرُهَا وَهِيَ جَزُورٌ أَوْ بَقَرَةٌ. (فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَىٰ بِوَصَايَا فِي القُرَبِ وَأَبْوَابِ الخَيْرِ جَازَ ذٰلِكَ فِي ثُلُثِهِ) لِأَنَّ نَظَرَهُ فِيهِ إِذْ هِيَ حَالَةُ انْقِطَاعِهِ عَنْ أَمْوَالِهِ وَالْوَصِيَّةُ تَخْلُفُ ثَنَاءً أَوْ ثَوَابًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِنْ هٰذَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ.

قَالَ: (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا وَالْفِسْقُ الأَصْلِيُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ وَعُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي السَّفِيهِ وَلِهٰذَا لَمْ يُجْعَلْ أَهْلًا لِلْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ عِنْدَهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآيَةَ. وَقَدْ أُونِسَ مِنْهُ نَوْعُ رُشْدٍ فَتَتَنَاوَلُهُ النَّكِرَةُ المُطْلَقَةُ،

قوله: وَلَا يُمْنَعُ مِنْ أَنْ يَسُوقَ بَدَنَةً، تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الخِلَافِ، القارنُ يلزمه هدي ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل، وكان ابن عُمر رضي الله عنه يقول: لا يجزيه إلا بدنةٌ، وهيَ بقرةٌ أو جزورٌ، فهو إذا ساق البدنةَ فقد قصدَ به التحرُّز عن موضع الخلاف وأخذ بالاحتياط في أمر الدين وأرادَ أنَّ فعله أقربُ إلىٰ فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلا يمنعُ عنه.

قوله: وَقَدْ أُونِسَ مِنْهُ نَوْعُ رُشْدٍ، وهو الإصلاح في المال فتتناوله النكرةُ المطلقةُ

وَلِأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ عِنْدَنَا لِإِسْلَامِهِ فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَيَحْجُرُ القَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِسَبَبِ الغَفْلَةِ وَهُوَ أَنْ يُغْبَنَ فِي التِّجَارَاتِ وَلَا يَصْبِرُ عَنْهَا لِسَلَامَةِ قَلْبِهِ لِمَا فِي الحَجْرِ مِنَ النَّظَرِ لَهُ.

وهيَ في قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ والنكرة في موضع الإثبات تخصُّ، وإذا وجدَ رُشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه، ولأنَّ الرشد في المال مرادٌ إجماعًا فلا يكون الرشد في الدين مرادًا كيلا يعمَّ النكرة المطلقة، أو لأنَّ الدفعَ معلَّقٌ بإيناس رُشدٍ واحدٍ لأنَّهُ نكرةٌ في موضع الإثبات فلا يكون الرشدُ في الدين مرادًا، لأنَّهُ حينئذٍ يكون معلقًا برشدين.

قوله: بِسَبَبِ الغَفْلَةِ وَهُوَ أَنْ يُغْبَنَ فِي التِّجَارَاتِ، فإن قيل: ينبغي أن لا يحجرَ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ما حجرَ علىٰ حبان ابن منقذ وكان يغبن في التجارات؟ قلنا: لَمَا أُلْحِق المغفل في التجارة بالسفيه بدلالة النصِّ إذ الحكمُ في السفيه ثابتٌ بالنصِّ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥] ولم يعارضه خبر الواحد. والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

فَصْلٌ فِي حَدِّ البُلُوغِ

قَالَ: (بُلُوغُ الغُلَامِ بِالِاحْتِلَامِ وَالْإِحْبَالِ وَالْإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذٰلِكَ فَحَتَّىٰ يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالْحَيْضِ وَالِاحْتِلَامِ وَالْحَبَلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذٰلِكَ فَحَتَّىٰ يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِذَا تَمَّ الغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا)، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَعَنْهُ فِي الغُلَامِ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَقِيلَ المُرَادُ أَنْ يَطْعَنَ فِي التَّاسِعِ عَشْرَةَ سَنَةً وَيَتِمُّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَا اخْتِلَافَ. وَقِيلَ فِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ حَتَّىٰ يَسْتَكْمِلَ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، أَمَّا العَلَامَةُ فَلِأَنَّ البُلُوغَ بِالْإِنْزَالِ

فصل في حدِّ البلوغ

قوله: وَقَالَا: إِذَا تَمَّ الغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: والسنُّ الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية إذا انتهيا إليه خمس عشرة سنةً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالىٰ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعليه الفتوىٰ.

حَقِيقَةً وَالْحَبَلُ وَالْإِحْبَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَعَ الإِنْزَالِ، وَكَذَا الحَيْضُ فِي أَوَانِ الحَبَلِ، فَجُعِلَ كُلُّ ذٰلِكَ عَلَامَةَ البُلُوغِ، وَأَدْنَىٰ المُدَّةِ لِذٰلِكَ فِي حَقِّ الغُلَامِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً، وَفِي حَقِّ الجَارِيَةِ تِسْعُ سِنِينَ. وَأَمَّا السِّنُّ فَلَهُمُ العَادَةُ الفَاشِيَةُ أَنَّ البُلُوغَ لَا يَتَأَخَّرُ فِيهِمَا عَنْ هٰذِهِ المُدَّةِ. وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الإسراء: ٣٤] وَأَشُدُّ الصَّبِيِّ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، هٰكَذَا قَالَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ وَتَابَعَهُ القُتَبِيُّ، وَهٰذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ فَيُبْنَىٰ الحُكْمُ عَلَيْهِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الإِنَاثَ نُشُوءُهُنَّ وَإِدْرَاكُهُنَّ أَسْرَعُ فَنَقَصْنَا فِي حَقِّهِنَّ سَنَةً لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنْهَا المِزَاجَ لَا مَحَالَةَ.

قوله: وَهٰذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ، أي في الرُّشد، وقيل اثنان وعشرون سنةً، وقيل خمس وعشرون سنةً.

قوله: فَيُبْنَى الحُكْمُ عَلَيْهِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، فإن قيل: ينبغي أن يقال بالأكثر لأنَّهُ المتيقَّن إذ الأدنىٰ يكون في الأكثر دون العكس؟ قلنا: أوَّلُ الآية: ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ ﴾ [الأنعام: ١٥٢] إنَّ الله مدَّ الحكم إلىٰ غاية الأشدِّ، وأقلُّ ما قيلَ في تفسيره ثمانِي عشرة سنةً وهو المتيقَّن، إذ لو مدَّ إلىٰ أقصاه لا بُدَّ وأن يمتدَّ إلىٰ ثمانِي عشرةَ، ولو مدَّ إليها لا يكون ممتدًّا إلىٰ أقصاه، فكانت ثمانِيَ عشرة متيقناً في كون الحكم ممتدًّا إليه، فيبنى الحكم عليه.

قوله: لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنْهَا المِزَاجَ لَا مَحَالَةَ، أي زدنا سنةً في حقِّ الغلام ليوافقَ فصل من فصول السنة مزاجه فيقوي مزاجه.

قَالَ: (وَإِذَا رَاهَقَ الغُلَامُ أَوِ الجَارِيَةُ الحُلُمَ وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ فَقَالَ قَدْ بَلَغْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ البَالِغِينَ) لِأَنَّهُ مَعْنًىٰ لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِمَا ظَاهِرًا، فَإِذَا أَخْبَرَا بِهِ وَلَمْ يُكَذِّبْهُمَا الظَّاهِرُ قُبِلَ قَوْلُهُمَا فِيهِ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ المَرْأَةِ فِي الحَيْضِ.

قوله: وَإِذَا رَاهَقَ الغُلَامُ أَوِ الجَارِيَةُ، يقال: رهقه، أي دنا منه رهقاً، ومنه: إذا صلّىٰ أحدكم إلىٰ سترةٍ فيرهِقُها، وصبيٌّ مراهقٌ دان للحلم، كذا في المغرب، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا أَحْجُرُ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا وَجَبَتْ دُيُونٌ عَلَىٰ رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالْحَجْرَ عَلَيْهِ لَمْ أَحْجُرْ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِي الحَجْرِ إهْدَارَ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَجُوزُ لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ. (فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الحَاكِمُ) لِأَنَّهُ نَوْعُ حَجْرٍ، وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لَا عَنْ تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلًا بِالنَّصِّ (وَلٰكِنْ يَحْبِسُهُ أَبَدًا حَتَّىٰ يَبِيعَهُ فِي دَيْنِهِ) إيفَاءً لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَدَفْعًا لِظُلْمِهِ (وَقَالَا: إذَا طَلَبَ غُرَمَاءُ المُفْلِسِ الحَجْرَ عَلَيْهِ حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ، وَمَنَعَهُ مِنَ البَيْعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالْإِقْرَارِ حَتَّىٰ لَا يُضِرَّ بِالْغُرَمَاءِ) لِأَنَّ الحَجْرَ عَلَى السَّفِيهِ إنَّمَا جَوَّزَاهُ نَظَرًا لَهُ، وَفِي هٰذَا الحَجْرِ نَظَرٌ لِلْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ فَيَفُوتُ حَقُّهُمْ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِمَا وَمَنَعَهُ مِنَ البَيْعِ أَنْ يَكُونَ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ، أَمَّا

باب الحجر بسبب الدين

قوله: لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ، بأن يواضع أحدًا علىٰ أن يقرَّ له بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال فيفوتُ حقُّ الغرماء، أو يبيعَ ماله تلجئةً من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده.

الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الْغُرَمَاءِ وَالْمَنْعُ لِحَقِّهِمْ فَلَا يُمْنَعُ مِنْهُ.
قَالَ: (وَبَاعَ مَالَهُ إِنِ امْتَنَعَ الْمُفْلِسُ مِنْ بَيْعِهِ وَقَسَمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ الْبَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيفَاءِ دَيْنِهِ حَتَّىٰ يُحْبَسَ لِأَجْلِهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعُنَّةِ. قُلْنَا: التَّلْجِئَةُ مَوْهُومَةٌ، وَالْمُسْتَحَقُّ قَضَاءُ الدَّيْنِ، وَالْبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذٰلِكَ، بِخِلَافِ الْجَبِّ وَالْعُنَّةِ، وَالْحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِنَ

قوله: كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعُنَّةِ، المجبوب إذا أبىٰ أن يفارقَ امرأته نابَ القاضي منابه في التفريق، والعنينُ بعد مضي المدة إذا أبىٰ أن يفارقَ امرأته نابَ القاضي منابه أيضـًا في التفريق.

قوله: وَالْحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ، إلىٰ آخره، هذا جوابٌ عمّا قالا: البيعُ مستحقٌّ عليه حتى يحبس لأجله؟ فأجابَ أنَّ الحبسَ لقضاء الدين بأيِّ طريقٍ شاءَ وأرادَ لا لأجل البيع كما زعما، كيفَ ولو صحَّ البيعُ من القاضي مال المديون لكان الحبس إضرارًا في الدائن بتأخير حقِّه إلىٰ زمان تحقق امتناع المديون عن البيع، وفي حقِّ المديون بتعذيب الحبس، فوجبَ أن لا يكون مشروعـًا، إذ حبس المديون ما شرع إلا لنفع الدائن، والحبسُ مشروعٌ إجماعـًا فدلَّ ذلك علىٰ أنه ليسَ للقاضي ولاية البيع، وهذا لا ينقلبُ لأنَّ حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشتملُ علىٰ ضرر الدائن بتأخير حقه، لأنَّ للمديون ولايةَ البيع في كلِّ لحظةٍ، بخلاف القاضي، وفي الذخيرة: فمن مشايخنا من قال: مسئلة الحجر بسبب الدين بناءً علىٰ مسئلة القضاء بالإفلاس، لأنَّ من شرطه صحة الحجر على المديون القضاءَ بإفلاسه أوَّلًا، ثمَّ الحجر بناءً عليه حتَّىٰ لو حجر عليه ابتداءً من غير أن يكون قضى عليه بالإفلاس يصحُّ حجره بلا خلافٍ، والإفلاسُ عندهما يتحقَّقُ في

الطَّرِيقِ، كَيْفَ وَلَوْ صَحَّ البَيْعُ كَانَ الحَبْسُ إِضْرَارًا بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ المَدْيُونِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَرَاهِمُ قَضَىٰ القَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ) وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ لِلدَّائِنِ حَقَّ الأَخْذِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ فَلِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَىٰ ضِدِّ ذٰلِكَ بَاعَهَا القَاضِي فِي دَيْنِهِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَبِيعَهُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَلِهٰذَا لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَهُ جَبْرًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِيَّةِ وَالْمَالِيَّةِ مُخْتَلِفَانِ فِي الصُّورَةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَىٰ الِاتِّحَادِ يَثْبُتُ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ، وَبِالنَّظَرِ

حالة الحياة فيمكنُ للقاضي القضاءَ بالإفلاس وبالحجر بناءً عليه، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ الإفلاسُ في حالة الحياة لا يتحقَّق فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أوَّلًا وبالحجر بناءً عليه، ومنهم من جعل المسئلة مسئلةً مبتدأةً، فعلىٰ هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ كون الحجر متضمنـًا لإلحاق الضرر بالمحجور، ولا تعلَّق له بالقضاء بالإفلاس، والدليلُ لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أيضـًا في إثبات مذهبه قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارةٍ عن تراضٍ، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يحلُّ مال امرئٍ إلا بطيبة نفسٍ منه» ونفسه لا تطيبُ ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعل عملًا بِهذا الظاهر، والمعنىٰ فيه أنَّ بيع المال غير مستحقٍّ عليه فلا يكون للقاضي أن يباشرَ ذلك عند امتناعه، كما أنَّ القاضي لا يؤاجره

إِلَىٰ الِاخْتِلَافِ يُسْلَبُ عَنِ الدَّائِنِ وِلَايَةُ الأَخْذِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، بِخِلَافِ العُرُوضِ لِأَنَّ الغَرَضَ يَتَعَلَّقُ بِصُوَرِهَا وَأَعْيَانِهَا، أَمَّا النُّقُوذُ فَوَسَائِلُ فَافْتَرَقَا (وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ ثُمَّ العُرُوض ثُمَّ العَقَارُ يُبْدَأُ بِالْأَيْسَرِ فَالْأَيْسَرِ) لِمَا فِيهِ مِنَ المُسَارَعَةِ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ مَعَ مُرَاعَاةِ جَانِبِ المَدْيُونِ (وَيُتْرَكُ عَلَيْهِ دَسْتٌ مِنْ ثِيَابِ بَدَنِهِ وَيُبَاعُ البَاقِي) لِأَنَّ بِهِ كِفَايَةً وَقِيلَ دَسْتَانِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيِّ، لِأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ ثِيَابَهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَلْبَسٍ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الحَجْرِ بِإِقْرَارٍ لَزِمَهُ ذٰلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ) ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهٰذَا المَالِ حَقُّ الأَوَّلِينَ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِمْ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِمْ، بِخِلَافِ الِاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لَا مَرَدَّ لَهُ (وَلَوِ اسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ بَعْدَ الحَجْرِ نَفَذَ إِقْرَارُهُ فِيهِ) لِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ

ليقضي دينه من أجرته، وكذلك إذا وجبَ الدين على المرأة فإنَّ القاضي لا يزوجها ليقضي الدين من صداقها.

قوله: بِخِلَافِ، متعلق بقوله: لَزِمَهُ ذٰلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ، يعني أنه إذا استهلكَ مال الغير في حال الحجر يُؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلفُ عليه أسوةً لسائر الغرماء لأنَّهُ مشاهدٌ لا مردَّ له، بخلاف الإقرار فإنَّ سببه محتملٌ، وذكر في حجر الذخيرة: ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بشهادةٍ شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شاركَ هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر.

لِعَدَمِهِ وَقْتَ الحَجْرِ.

قَالَ: (وَيُنْفَقُ عَلَى المُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ وَعَلَىٰ زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ الصِّغَارِ وَذَوِي أَرْحَامِهِ مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ الأَصْلِيَّةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ حَقِّ الغُرَمَاءِ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِغَيْرِهِ فَلَا يُبْطِلُهُ الحَجْرُ، وَلِهٰذَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَتْ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَهُوَ يَقُولُ لَا مَالَ لِي حَبَسَهُ الحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا هٰذَا الفَصْلَ بِوُجُوهِهِ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي مِنْ هٰذَا الكِتَابِ فَلَا نُعِيدُهَا، إِلَىٰ أَنْ قَالَ: وَكَذٰلِكَ إِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ: يَعْنِي خَلَّىٰ سَبِيلَهُ لِوُجُوبِ النَّظِرَةِ إِلَىٰ المَيْسَرَةِ، وَلَوْ مَرِضَ فِي الحَبْسِ يَبْقَىٰ فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ، وَالْمُحْتَرِفُ فِيهِ لَا يُمَكَّنُ مِنَ الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ

قوله: وَلَوْ مَرِضَ فِي الحَبْسِ يَبْقَىٰ فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ - له خادمٌ - أَخْرَجَهُ، وعن أبي يوسف أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضـًا، لأنَّ الهلاكَ لو كان إنَّما يكون بسبب المرض وإنه في الحبس وغيره سواءٌ.

قوله: وَالْمُحْتَرِفُ فِيهِ لَا يُمَكَّنُ مِنَ الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ، وقال بعضهم: لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأنَّ فيه نظرًا إلى الجانبين، لجانب المديون لأنَّهُ ينفق علىٰ نفسه وعلىٰ عياله، ولربِّ الدين فإنه إذا فضلَ منه يصرف ذلك إليه، والأصحُّ أنه

لِيَضْجَرَ قَلْبُهُ فَيَنْبَعِثَ عَلَىٰ قَضَاءِ دَيْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ وَفِيهِ مَوْضِعٌ يُمْكِنُهُ فِيهِ وَطْؤُهَا لَا يُمْنَعُ عَنْهُ لِأَنَّهُ قَضَاءُ إِحْدَىٰ الشَّهْوَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِقَضَاءِ الأُخْرَىٰ.

قَالَ: (وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الحَبْسِ يُلَازِمُونَهُ وَلَا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ» أَرَادَ بِالْيَدِ المُلَازَمَةَ وَبِاللِّسَانِ التَّقَاضِيَ.

قَالَ: (وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ) لِاسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ فِي القُوَّةِ (وَقَالَا: إِذَا فَلَّسَهُ الحَاكِمُ حَالَ بَيْنَ الغُرَمَاءِ وَبَيْنَهُ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ مَالًا) لِأَنَّ القَضَاءَ بِالْإِفْلَاسِ عِنْدَهُمَا يَصِحُّ فَتَثْبُتُ العُسْرَةُ وَيَسْتَحِقُّ النَّظِرَةَ إِلَى المَيْسَرَةِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَتَحَقَّقُ القَضَاءُ بِالْإِفْلَاسِ، لِأَنَّ مَالَ اللهِ تَعَالَىٰ غَادٍ وَرَائِحٌ، وَلِأَنَّ وُقُوفَ الشُّهُودِ عَلَىٰ عَدَمِ المَالِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا ظَاهِرًا فَيَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِإِبْطَالِ حَقِّ المُلَازَمَةِ. وَقَوْلُهُ «إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا البَيِّنَةَ» إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّ بَيِّنَةَ اليَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَىٰ بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ

يمنع ليضجر قلبه فينبعث علىٰ قضاء دينه.

قوله: وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ ... لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ»، فوجه التمسك به هو أنَّ الحديث مطلقٌ في حقِّ الزمان، فيتناولُ الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله.

إِثْبَاتًا، إِذِ الأَصْلُ هُوَ العُسْرَةُ. وَقَوْلُهُ فِي المُلَازَمَةِ: لَا يَمْنَعُونَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ، دَلِيلٌ عَلَىٰ أَنَّهُ يَدُورُ مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ وَلَا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ لِأَنَّهُ حَبْسٌ (وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ لِحَاجَتِهِ لَا يَتْبَعُهُ بَلْ يَجْلِسُ عَلَىٰ بَابِ دَارِهِ إِلَىٰ أَنْ يَخْرُجَ) لِأَنَّ الإِنْسَانَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَوْضِعُ خَلْوَةٍ، وَلَوِ اخْتَارَ المَطْلُوبُ الحَبْسَ وَالطَّالِبُ المُلَازَمَةَ فَالْخِيَارُ إِلَىٰ الطَّالِبِ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ المَقْصُودِ لِاخْتِيَارِهِ الأَضْيَقَ عَلَيْهِ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ القَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ بِالْمُلَازَمَةِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَنْ لَا يُمَكِّنَهُ مِنْ دُخُولِهِ دَارِهِ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ (وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ لِلرَّجُلِ عَلَى المَرْأَةِ لَا يُلَازِمُهَا) لِمَا فِيهَا مِنَ الخَلْوَةِ بِالْأَجْنَبِيَّةِ وَلٰكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلَازِمُهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ ابْتَاعَهُ مِنْهُ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةٌ لِلْغُرَمَاءِ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَحْجُرُ القَاضِي عَلَى المُشْتَرِي بِطَلَبِهِ. ثُمَّ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الفَسْخِ لِأَنَّهُ عَجَزَ المُشْتَرِي عَنْ إِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيُوجِبُ ذٰلِكَ حَقَّ الفَسْخِ كَعَجْزِ البَائِعِ عَنْ تَسْلِيمِ المَبِيعِ وَهٰذَا لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمِنْ قَضِيَّتِهِ المُسَاوَاةُ وَصَارَ كَالسَّلَمِ.

قوله: وَصَارَ كَالسَّلَمِ، فإنه إذا انقطع المسلمُ فيه يثبتُ خيار الفسخ لربِّ السلم مع أنه عجزَ عن تسليم شيءٍ هو غير مستحقٍّ عليه بالعقد، لأنَّ المسمَّىٰ بالعقد الدين في الذمة، وبانقطاع المسلم فيه ثبتَ العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري

وَلَنَا أَنَّ الإِفْلَاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الفَسْخِ بِاعْتِبَارِهِ وَإِنَّمَا المُسْتَحَقُّ وَصْفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعْنِي الدَّيْنَ، وَبِقَبْضِ العَيْنِ تَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ، هٰذَا هُوَ الحَقِيقَةُ فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا، إِلَّا فِي مَوْضِعِ التَّعَذُّرِ كَالسَّلَمِ لِأَنَّ الِاسْتِبْدَالَ مُمْتَنِعٌ فَأَعْطَىٰ لِلْعَيْنِ حُكْمَ الدَّيْنِ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بالإفلاس عن تسليم العين يوجب حقَّ الفسخ للبائع وإن لم يكن العين مستحقًّا بالعقد، وَلَنَا أَنَّ الإِفْلَاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، إذ المستحقُّ بالعقد وصفٌ في الذمة وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلةٌ حكميةٌ، والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجبُ حقَّ الفسخ، لأنَّهُ لم يكن طريقاً متعيناً لدفع ضرره والوصول إلىٰ حقه، لجواز أن يظهر له مالٌ لم يكن علم به، أو يحدث له مالٌ بسببٍ، بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لأنَّهُ عجزَ عن تسليم المستحقِّ بالعقد، وبخلاف السلم لأنَّهُ عجزَ عن تسليم عين المستحق بالعقد حكماً، لأنَّ العينَ في باب السلم أعطىٰ له حكم الدين الواجب في الذمة، لأنَّ الاستبدالَ فيه ممتنعٌ شرعاً، فكان عجز المسلم إليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجبُ حقَّ الفسخ ذلك، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ المَأْذُوْنِ

الْإِذْنُ: الإِعْلَامُ لُغَةً، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ عِنْدَنَا، وَالْعَبْدُ بَعْدَ ذٰلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلًا

كتاب المأذون

الْإِذْنُ: الإِعْلَامُ لُغَةً، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ الثابت بالرقِّ، وإسقاطُ الحقِّ وهو حقُّ المولىٰ مالية الكسب والرقبة وإنه يمنع تعلق حقِّ الغير بِها، وإنه بالإذن أسقطَ حقه فعادَ متصرفًا لمالكيته الأصلية وأهليته لنفسه، وهذا لأنه أهلٌ للتصرُّف بعد الرقِّ، لأنَّ ركن التصرفات كلامٌ معتبَرٌ شرعًا لصدوره عن مُميِّزٍ، ومحل التصرف ذمةٌ صالحةٌ لالتزام الحقوق، وهما لا يفوتان بالرقِّ فصلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر، وبالرقِّ لا يخرجُ من أن يكون بشرًا، إلا أنَّ ذمته ضعيفةٌ بالرقِّ فلا يجبُ المال فيها إلاَّ شاغلًا ماليةَ الرقبة وهيَ حقُّ المولىٰ فحجرَ عن التصرف لحقِّ المولىٰ كيلا يبطلُ حقه بلا رضاه فقد أسْقَط حقَّه فعادَ العبدُ متصرِّفًا لمالكيته الأصلية، وفي الذخيرة: وإنَّما قلنا أنَّ العبد متصرِّف بحكم مالكيته الأصلية لأنَّ تصرفات العبد تبتني على الشراء لأنَّ أول تصرف يباشره العبد بعد الإذن في التجارة الشراءُ لأنه لا مالَ له حتى يبيع، والعبدُ في الشراء متصرِّفٌ لنفسه لا للمولىٰ، لأنه يتصرف في حقه وهو ذمته بإيجاب الثمن فيها، لأنَّ الثمن يجبُ في ذمة العبد حتّىٰ كان المطالبُ بالثمن هو العبدُ بحيث لو امتنع عن أدائه في الحال يحبسُ وذمته خالص حقه، ولهذا لو أقرَّ علىٰ نفسه بالقصاص صحَّ وإن أكذبه

لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقْلِهِ المُمَيِّزِ وَانْحِجَارُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ لِحَقِّ المَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ مَا عَهِدَ تَصَرُّفَهُ إِلَّا مُوجِبًا تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَبِكَسْبِهِ، وَذٰلِكَ مَالُ المَوْلَىٰ فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِهِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَلِهٰذَا لَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ عَلَىٰ المَوْلَىٰ، وَلِهٰذَا لَا يُقْبَلُ التَّأْقِيتُ، حَتَّىٰ لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا كَانَ مَأْذُونًا أَبَدًا حَتَّىٰ يَحْجُرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الإِسْقَاطَاتِ لَا تَتَوَقَّتُ ثُمَّ الإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَىٰ عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا

المولىٰ، وإذا ثبتَ أنَّ محل الشراء خالصُ حقه كان الشراء حقًّا له، وهذا المعنىٰ يقتضي نفاذ تصرفاته في الأحوال كلها قبل الإذن وبعده، ولكن شرطنا الإذنَ لا لنفاذ تصرف العبد وصحَّته بل لمعنًى آخر، وهو أن يصير المولىٰ راضيًا بالضرر بتصرُّف العبد، لأنَّ تصرُّف العبد لا ينفكُّ عن شغل رقبة العبد وكسبه وهو معنىٰ ما قال: وَانْحِجَارُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ، أي قبل الإذن لحقِّ المولىٰ.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ عَلَى المَوْلَىٰ، يرجعُ إلىٰ قوله: وَالْعَبْدُ بَعْدَ ذٰلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يُقْبَلُ التَّأْقِيتُ، أثر كون الإذن إسقاطُ الحق.

قوله: لِأَنَّ الإِسْقَاطَاتِ لَا تَتَوَقَّتُ، كالطلاق والعتاق، فإن قيل: لو كان إسقاطًا لَمَا كان للمولىٰ ولاية الحجر بعده، لأنه أسْقَطَ حقه والساقطُ لا يعود؟ قلنا: بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرقِّ فكان في الحجر امتناعٌ عن الإسقاط فيما يستقبلُ لا فيما مضىٰ،

مَمْلُوكًا أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ رَآهُ يَظُنُّهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ المَوْلَىٰ رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ.

قَالَ: (وَإِذَا أَذِنَ المَوْلَىٰ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ) وَمَعْنَىٰ هٰذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْتُ لَكَ فِي

لا لأنَّ الساقط يعودُ.

قوله: فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، أي فيما إذا لحقته ديونٌ ثمَّ قال المولىٰ: ليسَ بمأذونٍ تتأخر الديون إلىٰ ما بعد العتق، ولا يدري متىٰ يعتقُ وهل يعتقُ أم لا، فيكون فيه إجراء حقهم، فإذا رآه يبيعُ ويشتري ولم ينهه يثبت إذنه، إذ لو لم يكن راضيًا به لمنعه دفعًا للضرر عنهم، حملًا لفعله علىٰ ما يقتضيه الشرعُ والعرفُ، كما في سكوت النبيِّ عليه الصلاة والسلام عند أمرٍ يعاينه عن التغيير والنكير، وسكوت البكر والشفيع، بخلاف ما إذا رآىٰ إنسانًا يتلفُ ماله أو يبيعه فسكتَ لا يكون رضًا، وكذلك المرتَهن إذا رأى الراهنَ يبيعُ الرهنَ فسكتَ ولم ينهه عن البيع لا يصير إذنًا له في البيع، وكذلك إذا رأىٰ عبده يتزوَّجُ أو رأىٰ أمته تزوجت فسكتَ لا يصيرُ إذنًا لهما في النكاح، لأنَّ الضرر في هذه الصُّور متحقِّقٌ في الحال، وضررُ المولىٰ في ثبوت الإذن إذا رأىٰ عبده يبيعُ ويشتري متردِّد قد يلحقه وقد لا يلحقه، ولو لم يثبت الإذنُ به يتضرَّرُ الناسُ في معاملاتِهم.

قوله: فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ، أي في جميعها.

قوله: وَمَعْنَى هٰذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْتُ لَكَ فِي التِّجَارَةِ وَلَا يُقَيِّدُهُ، أي ولا يقيد الإذن بنوع من التجارة فحينئذٍ يكون مأذونًا في جميع التجارات بالاتفاق، أمَّا لو

التِّجَارَةِ وَلَا يُقَيِّدُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التِّجَارَةَ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الجِنْسَ فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَا لَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الأَعْيَانِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ التِّجَارَةِ. (وَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ بِالْغَبْنِ اليَسِيرِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِتَعَذُّرِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ (وَكَذَا بِالْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا) هُمَا يَقُولَانِ إِنَّ البَيْعَ بِالْفَاحِشِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ، حَتَّىٰ أُعْتُبِرَ مِنَ المَرِيضِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الإِذْنُ كَالْهِبَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ تِجَارَةٌ وَالْعَبْدُ مُتَصَرِّفٌ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ فَصَارَ كَالْحُرِّ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ المَأْذُونُ. (وَلَوْ حَابَىٰ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَإِنْ كَانَ فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ) ؛ لِأَنَّ الِاقْتِصَارَ فِي الحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ

قَيَّد بنوعٍ منها بأن يقول: أذنتُ لك في التجارة في البحر، يكون مأذونًا أيضًا عندنا في جميع أنواع التجارات، خلافًا لزُفر والشافعي رحمهما الله تعالىٰ، فكان فائدة ذكر معنى المسألة نفي الخلاف لا أن لا يكون مأذونًا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوعٍ منها.

قوله: وَوَجْهُهُ أَنَّ التِّجَارَةَ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الجِنْسَ، لأنه محلًّى بالألف واللام وهما لاستغراق الجنس حيثُ لم يسبقه معهودٌ يتقيَّدُ به فيَستغرق جنس التجارات.

قوله: وَلَوْ حَابَىٰ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ، هذا إذا كان مولاه صحيحًا، أمَّا إذا كانت المحاباة فيه في مرض المولىٰ فمحاباته بما يتغابنُ الناس فيه أو بما لا يتغابنُ فيه جائزةٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ من ثلث مال المولىٰ، سواءٌ كان ذلك في البيع أو في الشراء لأنَّ العبد بانفكاك الحجر عنه بالإذن صار مالكًا للمحاباة مطلقًا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، حتَّىٰ لو باشرَ في صحة المولىٰ كان صحيحًا

الوَرَثَةِ وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَا فِي يَدِهِ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدِّ جَمِيعَ المُحَابَاةِ وَإِلَّا فَارْدُدِ البَيْعَ كَمَا فِي الحُرِّ. (وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ) ؛ لِأَنَّهُ تِجَارَةٌ. (وَلَهُ أَنْ يُوَكِّلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِهِ .

منه، والمولىٰ حين استدامَ الإذن بعد مرضه جعل تصرُّف العبد بإذنه كتصرفه بنفسه، ولو باع المولىٰ بنفسه وحابىٰ يعتبر ذلك من ثلث ماله، المحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواءٌ، فكذلك إذا باشرَ العبد، وفي قول أبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالىٰ محاباته بما يتغابنُ الناس فيه كَذلك، فأمَّا محاباته بما لا يتغابنُ الناس فيه باطلٌ وإن كان يخرجُ من ثلث مال المولىٰ، لأنَّ العبدَ عندهما لا يملكُ هذه المحاباة بالإذن له في التجارة، حتَّىٰ لو باشره في صحة المولىٰ كان باطلًا، وإن كان على المولىٰ دينٌ محيطٌ برقبة العبد وبما في يده أو لا مالَ له غيره فحابىٰ في مرض المولىٰ لم تجز محاباة العبد بشيءٍ، لأنَّ مباشرته كمباشرة المولىٰ، وقيل للمشتري: إن شئتَ فانقض البيعَ وإن شئتَ فأدِّ المحاباة كلها، لأنه لزمه زيادةٌ في الثمن لم يرضَ هو به فيخيَّرُ لذلك، وإن لم يكن على المولىٰ دينٌ وكان على العبد دينٌ يحيطُ برقبته وبجميع ما في يده فمُحاباة العبد جائزةٌ علىٰ غرمائه من ثلث مال المولىٰ، لأنَّ حكم الإذن لم يتغيَّر بلحوق الدين إيَّاه، والمحاباةُ وإن حانت على الغرماء فإنَّما هيَ من مال المولىٰ، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ، ولا يقال: أنَّ المولىٰ بمنزلة الوارث، لأنه رضيَ بسقوط حقه بالإذن فصار كالوارث إذا أسْقَطَ حقه في الثلثين فإنه ينفذُ تصرُّف المريض في الكل.

قوله: وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ، أي وللمأذون أن يجعلَ نفسه ربَّ السلم والمسلم إليه.

قَالَ: (وَيَرْهَنُ وَيُرْتَهَنُ) ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَإِنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ (وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الأَرْضَ وَيَسْتَأْجِرَ الأُجَرَاءَ وَالْبُيُوتَ) ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ (وَيَأْخُذُ الأَرْضَ مُزَارَعَةً) ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ (وَيَشْتَرِي طَعَامًا فَيَزْرَعُهُ فِي أَرْضِهِ) ؛ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرِّبْحَ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الزَّارِعُ يُتَاجِرُ رَبَّهُ» (وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَيَدْفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَيَأْخُذَهَا) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ (وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يَقُولُ: لَا يَمْلِكُ العَقْدَ عَلَىٰ نَفْسِهِ

قوله: وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الأَرْضَ، أي يستأجرها.

قوله: وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ، قيِّد بالعنان لأنه ليسَ له أن يشاركَ شركة مفاوضةٍ لأنَّها تتضمن الكفالةَ وهو لا يملكها، إلا أنَّ المفاوضةَ إن كانت لا تصحُّ مفاوضةً تصحُّ عنانًا، لأنَّ في المفاوضة عنانًا وزيادةً فصحَّ بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة، ثم شركة العنان إنَّما تصحُّ منه إذا اشتركَ الشريكان مطلقًا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة، أمَّا لو اشتركَ العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنانٍ علىٰ أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد، لأنَّ في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملكُ الكفالة عن صاحبه، وليسَ في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصحُّ بقدر ما يملكُ ولا يصحُّ بقدر ما لا يملكُ، كما لو شاركَ شركة مفاوضةٍ صحَّ عنانًا لذلك.

قوله: وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لأنَّ عنده المأذونُ نائبٌ عن المولىٰ، وهو إنَّما جعله نائبًا في التصرُّف في كسبه، ومنافع يده ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الإذن كما قبله، والدليلُ عليه أنَّ رقبته ليست من كسبه لأنه لا يملكُ بيعها ولا رهنها بدينٍ عليه، وما ليسَ من كسبه فهو لا يملكُ التصرف فيه بالإجارة،

فَكَذَا عَلَىٰ مَنَافِعِهَا؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا أَنَّ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِهِ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الإِذْنِ كَالْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَجِرُ بِهِ، وَالرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ المَوْلَىٰ. أَمَّا الإِجَارَةُ فَلَا يَنْحَجِرُ بِهِ وَيَحْصُلُ بِهِ المَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ فَيَمْلِكُهُ.

قَالَ: (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ مَأْذُونًا إِلَّا فِي ذٰلِكَ النَّوْعِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا نَهَاهُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي نَوْعٍ آخَرَ. لَهُمَا أَنَّ الإِذْنَ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِنَ المَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ وَيَثْبُتُ الحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ لَهُ دُونَ العَبْدِ، وَلِهٰذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالْمُضَارِبِ. وَلَنَا أَنَّهُ إِسْقَاطُ الحَقِّ وَفَكُّ الحَجْرِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ،

وأمَّا عندنا الإذن فكُّ الحجر عن المأذون بمنزلة الكتابة وللمكاتب أن يؤاجرَ نفسه فكذلك للمأذون، ولا يقال: الكتابة يتعلقُ بِها اللزوم والإذن لا، لأنا نقول: أنَّ محل التصرُّف لا يختلف بكونه لازمًا أو غير لازم كالبيع مع الهبة، فإنَّ محلَّ التصرفين واحدٌ وهو العين وإن كان أحدهما يلزمُ والآخر لا يلزمُ، ونحن إنَّما شبهنا الإذنَ بالكتابة من حيثُ إنه فكُّ الحجر ثمَّ انفكاك الحجر يثبت له اليد علىٰ منافعه فيملك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب، ولمَّا كان للمأذون أن يعير غيره بمنافعه فلأَن يكون له أن يُآجر نفسه أوْلىٰ، لأنَّ الإجارةَ أقْربُ إلىٰ مقصود المولىٰ من الإعارة، وما ذكر الشافعي رحمه الله تعالىٰ ينتقض بالحُرِّ، فإنه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ إِسْقَاطُ الحَقِّ وَفَكُّ الحَجْرِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارةٌ إلىٰ ما قال في

وَعِنْدَ ذٰلِكَ تَظْهَرُ مَالِكِيَّةُ العَبْدِ فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ فَيَثْبُتُ لَهُ الوِلَايَةُ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالنَّفَقَةِ، وَمَا اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ يَخْلُفُهُ المَالِكُ فِيهِ.

كتاب المأذون: وفي الشرع فكُّ الحجر وإسقاط الحقِّ، لأنه بعد الرقِّ بقي أهلًا للتصرف، ولا يلزمُ أنَّ المولىٰ إذا أذِنَ لعبده في نكاح امرأةٍ بعينها ليسَ له أن يتزوَّج غيرها مع أنَّ الإذن فكُّ الحجر، لأنَّ النكاحَ ليس نظير التجارة، لأنَّ النكاح تصرُّف مملوكٌ للمولىٰ عليه ولا صحَّة له إلا بوليٍّ إمَّا بولاية نفسه أو غيره عليه، والرقُّ يخرجه من أن يكون أهلًا للولاية علىٰ نفسه فكان نائبًا عن المولىٰ في النكاح، ولهذا قلنا أنَّ المولىٰ يجيزه على النكاح وتصرُّف النائب علىٰ قدر إنابة الأصل.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ، قال: الوكيلُ بالبيع يتصرَّفُ في مال غيره والوكيلُ بالشراء يتصرَّفُ في ذمة غيره، لأنه يثبت له حقُّ الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه الولاية وإنَّما استفادها بالأمر فصارَ نائبًا، وتصرُّف العبد يلاقي محلًّا هو ملكه، والمتصرف في ملكه لا يكون نائبًا عن غيره، بيانه ما ذكرنا أنَّ أول التصرف بعد الإذن الشراء لأنه لا يملك شيئًا ليبيعه، وبالشراء يلزم الثمن في ذمته وهي مملوكةٌ له، ولهذا لا يملك المولى الشراءَ بثمنٍ يجبُ في ذمة عبده.

قوله: وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ - أي ملك اليد - وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ، حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالنَّفَقَةِ، وَمَا اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ يَخْلُفُهُ المَالِكُ فِيهِ، وإذا كان الإذنُ من المولىٰ إسقاطًا لحقِّه لا إنابةً للعبد منابَ نفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوعٍ دون نوعٍ، كما إذا رضي المستأجر ببيع عبده من زيدٍ دون عَمرٍو، أو سلم البائعُ المبيعَ

قَالَ: (وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ) ؛ لِأَنَّهُ اسْتِخْدَامٌ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكِسْوَةِ أَوْ طَعَامٍ رِزْقًا لِأَهْلِهِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ مَأْذُونًا يَنْسَدُّ عَلَيْهِ بَابُ الِاسْتِخْدَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ الغَلَّةَ كُلَّ شَهْرٍ كَذَا، أَوْ قَالَ أَدِّ إِلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ مِنْهُ المَالَ وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِالْكَسْبِ، أَوْ قَالَ لَهُ اُقْعُدْ صَبَّاغًا أَوْ قَصَّارًا؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ بِشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ وَهُوَ نَوْعٌ فَيَصِيرُ مَأْذُونًا فِي الأَنْوَاعِ.

إلى المشتري قبل نقد الثمن علىٰ أن يتصرَّف فيه نوعًا من التصرف دون نوعٍ فإنه لا يعتبر التقييد، لأنَّ ذلك منه إسقاطٌ لحقِّ المنع.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ ... لِلْكِسْوَةِ، قيَّد به لأنه إنَّما يكون استخدامًا إذا أمرَ بتصرُّف واحدٍ، أمَّا إذا قال: اشتر لي ثوبًا فبعده يكون مأذونًا.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ مَأْذُونًا يَنْسَدُّ عَلَيْهِ بَابُ الِاسْتِخْدَامِ، فإنَّ كلَّ من عَلِمَ أنه لو أذِنَ لمملوكه في شراء بَقْلٍ أو جَمدٍ بفلسٍ أو ما أشْبَه ذلك يصير مأذونًا في التجارة، فبعد ذلك يصحُّ إقراره علىٰ نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه، فيمتنعُ عن استخدام مملوكه في ذلك فيفوتُ عليه مقاصده في الاستخدام، فلهذه الضرورة جعلنا الإذن في بعض الصور إذنًا في التجارة، وفي بعضها جعلناه استخدامًا، فالفاصلُ بينهما إذا أذِنَ له بعقودٍ متكرِّرةٍ مرَّةً بعد أخرىٰ يعلمُ أنَّ مراده الربحُ يجعل ذلك إذنًا في التجارة، كما إذا قال: اشتر لي ثوبًا وبعه، لأنه أمره بعقودٍ متكرِّرةٍ، وكذلك لو قال: بع ثوبي هذا واشتر بثمنه كذا، يصير مأذونًا في التجارة، وإذا أذِنَ له بعقدٍ واحدٍ لا يجعلُ ذلك إذنًا في التجارة بل يعتبر استخدامًا، كما إذا قال: اشتر لي ثوبًا للكسوة، لأنه أمره بعقدٍ واحدٍ فلا يكون

قَالَ: (وَإِقْرَارُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالْغُصُوبِ جَائِزٌ وَكَذَا بِالْوَدَائِعِ) ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَصِحَّ لَاجْتَنَبَ النَّاسُ مُبَايَعَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِذَا كَانَ الإِقْرَارُ فِي صِحَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِنَ المَالِ لَا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَحْجُورِ فِي حَقِّهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ.

قَالَ: (وَلَا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُزَوِّجُ الأَمَةَ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ المَالِ بِمَنَافِعِهَا فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ التِّجَارَةَ وَهٰذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ العَبْدِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ

هذا إذنًا في التجارة، فعلىٰ هذا يخرج جنس هذه المسائل.

قوله: **بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِنَ المَالِ لَا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ**، كما لو أقرَّ بجنايةٍ علىٰ حُرٍّ أو عبدٍ أو مهرٍ وَجَب عليه بنكاحٍ جائزٍ أو فاسدٍ أو شبهه، فإنَّ إقراره باطلٌ لا يُؤاخذُ به حتَّىٰ يعتق، لأنَّ فكَّ الحجر إنَّما ظهرَ في حقِّ التجارة، وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصارَ إقراره فيها وإقرار المحجور سواءٌ.

قوله: **وَعَلَى هٰذَا الخِلَافِ** - إلىٰ قوله - **وَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ**، ففي هذه الرواية نظرٌ لأنه أشارَ قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أنَّ لهما أن يزوجا أمة الصغير بلا خلافٍ، حيث جعلَ الأبَ والوصيَّ هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن

الصَّبِيِّ المَأْذُونِ وَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَالأَبِ وَالْوَصِيِّ.

قَالَ: (وَلَا يُكَاتِبُ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ، وَالْبَدَلُ فِيهِ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ المَوْلَىٰ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّ المَوْلَىٰ قَدْ مَلَكَهُ وَيَصِيرُ العَبْدُ نَائِبًا عَنْهُ

يزوجَ أمته لأنه اكتسابٌ لاستفادته المهرَ، وما ذكره في المكاتب أصحُّ لأنه موافقٌ لعامة الروايات من رواية المبسوط واليتيمة ومختصر الكافي وأحكام الصغار، وذكر في باب نكاح العبيد من نكاح المبسوط: وإذا زوَّج الأب أمة ابنه وهو صغيرٌ فذلك جائزٌ، وكذلك الوصيُّ إذا زوَّج أمة اليتيم، وكذلك المكاتب إذا زوَّج أمته، وكذلك المفاوض إذا زوج أمةً من الشركة، لأنَّ تزويج الأمة من عقود الاكتساب فإنه يُكتسبُ به المهرُ ويسقطُ به نفقتها عنه، وهؤلاء الأربعة يملكون الاكتساب، وذُكر في نكاح اليتيمة ووصاياها: الأبُ والوصيُّ يملكان تزويج أمة الصغير ولا يملكان تزويج عبده، فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان.

قوله: **إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ المَوْلَىٰ**، فحينئذٍ يجوز إذا لم يكن عليه دينٌ، لأنَّ هذا عقدٌ له مجيزٌ حالَ وقوعه فيتوقف على الإجازة وتكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وبيانه أنَّ كسب المأذون خالصُ ملك المولىٰ يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة.

قوله: **وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ**، قيَّد به لأنه لو كان عليه دينٌ كثيرٌ أو قليلٌ فكتابته باطلةٌ وإن أجازه المولىٰ، لأنَّ المولىٰ بالإجازة يخرجُ المكاتب من أن يكون كسبًا للعبد، وقيام الدين عليه يمنع المولىٰ من ذلك، قلَّ الدين أو كثُرَ، كما لو أخذه من يده وعليه دينٌ، وإذا لم يكن على العبد دينٌ وكاتبَ عبده فأدَّى المكاتبُ جميع المكاتبة قبل إجازة المولىٰ لم يعتق، لأنَّ ما أخذَ ملك رقيقه والكتابة غير نافذةٌ وإن كان المولىٰ أجاز الكتابة وعلى العبد

وَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى المَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ فِي الكِتَابَةِ سَفِيرٌ.

قَالَ: (وَلَا يُعْتِقُ عَلَىٰ مَالٍ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الكِتَابَةَ فَالْإِعْتَاقُ أَوْلَىٰ (وَلَا يُقْرِضُ) ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ كَالْهِبَةِ. (وَلَا يَهَبُ بِعِوَضٍ وَلَا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَكَذَا لَا يَتَصَدَّقُ) ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوِ ابْتِدَاءً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ اسْتِجْلَابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ، بِخِلَافِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ لَهُ أَصْلًا فَكَيْفَ يَثْبُتُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْطَاهُ المَوْلَىٰ قُوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بَعْضَ رُفَقَائِهِ عَلَىٰ ذٰلِكَ الطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْطَاهُ قُوتَ

دينٌ محيطٌ فهذا والأوَّلُ سواءٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ المولىٰ لا يملكه فلا تنفذُ إجازته، وأمَّا عندهما فالمكاتبُ حُرٌّ والمولىٰ ضامنٌ لقيمته للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونَها لدَينهم، لأنَّ ما أدَّىٰ قبل الإجازة يتعلَّقُ به حقُّ الغرماء والمولىٰ بالإجازة كأنه ابتداءً قبض القيمة وإن لم يكن عليه دينٌ محيطٌ عتقَ المكاتب في قولهم وضمن المولىٰ قيمته، كذا في المبسوط.

قوله: وَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى المَوْلَىٰ، وهيَ مطالبةُ بدل الكتابة، وولاية الفسخ عند العجز، وثبوت الولاء بعد العتق.

قوله: وَلَا يُعْتِقُ عَلَىٰ مَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الكِتَابَةَ، مع أنَّ المكاتبَ عبدٌ ما بقي

شَهْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَكَلُوهُ قَبْلَ الشَّهْرِ يَتَضَرَّرُ بِهِ المَوْلَىٰ. قَالُوا: وَلَا بَأْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ ذٰلِكَ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْهُ فِي العَادَةِ.

قَالَ: (وَلَهُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِالْعَيْبِ مِثْلَ مَا يَحُطُّ التُّجَّارُ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَرُبَّمَا يَكُونُ الحَطُّ أَنْظَرَ لَهُ مِنْ قَبُولِ المَعِيبِ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَطَّ مِنْ غَيْرِ عَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ بَعْدَ تَمَامِ العَقْدِ فَلَيْسَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلَا كَذٰلِكَ المُحَابَاةُ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَهُ أَنْ يُؤَجِّلَ فِي دَيْنٍ وَجَبَ لَهُ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التِّجَارَةِ.

قَالَ: (وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ ....

عليه درهمٌ فأولىٰ أن لا يملك الإعتاق علىٰ مالٍ لأنه إعتاقٌ في الحال.

قوله: لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: اسْتِجْلَابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ.

قوله: يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ، أي يبيعه القاضي، وهذا لا يشكل علىٰ قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، لأنَّ الدين لو كان على المولىٰ وقد امتنع عن قضائه كان للقاضي علىٰ قولهما أن يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضىٰ دينه، فإذا كان الدينُ على العبد أوْلىٰ. لأنَّ دين العبد متعلِّقٌ بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله ما لم يمرض مرضَ الموت، وإنَّما يشكلُ علىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنَّ من أصله أنَّ الحرَّ إذا ركبه ديونٌ

....

وأمره القاضي بإيفاء الديون ولم يوفِ وأرادَ أن يبيعَ عليه ماله بغير إذنه ليسَ له ذلك، بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتَّىٰ يبيعَ بنفسه، والجوابُ عنه أنَّ أبا حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ إنَّما قال في الحرِّ لا يبيعُ القاضي عليه ماله لِمَا فيه من الحجر عليه فإنه كان يملكُ بيع ماله بنفسه، فإذا باعَ عليه القاضي بغير إذنه كان حجرًا عليه، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يرى الحجر على الحرِّ المكلف، فأمَّا ليس في بيع المأذون على المولىٰ بغير رضاه حجرٌ على المولىٰ لأنَّ المولىٰ قبل ذلك محجورٌ عن بيعه، فإنه لو باعَ العبد المأذون المديون بغير رضاء الغرماء لا ينفذُ، وإذا كان محجورًا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرًا فجاز، وكان هذا بمنزلة التَّركة إذا كانت مستغرقةً بالدَّين كان للقاضي أن يبيعَ التَّركة على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حجرًا على الورثة، لأنَّهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متىٰ كانت مستغرقةً بالدين بغير رضا الغرماء فكذا ههنا.

فإن قيل: يشكلُ ببيع الكسب فإنه بيع الكسب على العبد بغير إذنه والعبد كان يملكُ بيع الكسب كالحرِّ المديون فكان يجبُ أن لا يبيعَ الكسب بغير رضا العبد بل يحبسه حتى يبيعَ، قلنا: الجوابُ عنه أنَّ أبا حنيفة رحمة الله عليه إنَّما لا يرى الحجر على الحرِّ المكلف، فأمَّا العبدُ فيرى الحجرَ عليه، ألا ترىٰ أنَّ المولىٰ يحجره فكذا جازَ حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه، هذا إذا كان المولىٰ حاضرًا، فأمَّا إذا كان غائبًا فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولىٰ فإنَّ الخصم في رقبة العبد المولىٰ دون العبد، ألا ترىٰ أنه لو ادَّعىٰ إنسانٌ في رقبة العبد حقًّا فإنَّ العبد لا ينتصبُ خصمًا، فإذا كان الخصمُ هو المولىٰ لم يجز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه يبيعه بالديون وإن كان غائبًا، لأنَّ الخصم في الكسب هو العبد دون المولىٰ، ألا ترىٰ أنه لو ادَّعىٰ إنسانٌ في كسبه حقًّا كان الخصمُ في ذلك هو العبدُ، وإذا كان العبد خصمًا في حقِّ الكسب

إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَىٰ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُبَاعُ وَيُبَاعُ كَسْبُهُ فِي دَيْنِهِ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَىٰ مِنَ الإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَمْ يَكُنْ لَا تَفْوِيتُ مَالٍ قَدْ كَانَ لَهُ، وَذٰلِكَ فِي تَعْلِيقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ، حَتَّىٰ إِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ عَنِ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لَهُ لَا بِالرَّقَبَةِ، بِخِلَافِ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ جِنَايَةٍ، وَاسْتِهْلَاكُ الرَّقَبَةِ بِالْجِنَايَةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِذْنِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً كَدَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ التِّجَارَةُ وَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الإِذْنِ، وَتَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً حَامِلٌ عَلَىٰ الْمُعَامَلَةِ، فَمِنْ هٰذَا الْوَجْهِ صَلُحَ غَرَضًا لِلْمَوْلَىٰ، وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ بِدُخُولِ الْمَبِيعِ فِي مِلْكِهِ،

يشترطُ حضرة العبد.

قوله: إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَىٰ، أي يؤدي جميع الديون، ولم يرد به أداء قيمته، وهذا لأنَّ حق الغرماء هو الدَّين، فإذا استوفاه لم يبق لهم حقُّ المطالبة بالبيع.

قوله: وَذٰلِكَ فِي تَعْلِيقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ، أي تحصيل مالٍ لم يكن، لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة.

قوله: بِخِلَافِ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ، فإنه يُباع فيه، لأنه لا تعلُّقَ له بالإذن فإنَّ وجوبه بالجناية، وقبل الإذن يُباع بدين الاستهلاك فكذا بعده.

قوله: حَامِلٌ عَلَى الْمُعَامَلَةِ، أي حامل للغير علىٰ معاملة المأذون، وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ

وَتَعَلُّقُهُ بِالْكَسْبِ لَا يُنَافِي تَعلُّقَهُ بِالرَّقَبَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِمَا، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالْكَسْبِ فِي الِاسْتِيفَاءِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَإِبْقَاءً لِمَقْصُودِ المَوْلَىٰ، وَعِنْدَ انْعِدَامِهِ يُسْتَوْفَىٰ مِنَ الرَّقَبَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ «دُيُونُهُ» المُرَادُ مِنْهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ وَضَمَانِ الغُصُوبِ وَالْوَدَائِعِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا، وَمَا يَجِبُ مِنَ العُقْرِ بِوَطْءِ المُشْتَرَاةِ بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ لِاسْتِنَادِهِ إِلَىٰ الشِّرَاءِ فَيَلْحَقُ بِهِ.

قَالَ: (وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ

فِي حَقِّهِ، أي في حق المولىٰ.

قوله: كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، نظير قوله: دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ، وقوله: وَالْإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ، إلىٰ آخره نظير قوله: أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا، وصورة وجوب الدين بالبيع هو أن يبيع ويستحقَّ المبيع والثمنُ هلكَ في يده.

قوله: وَالْإِجَارَةِ، بأن يستعجل الأجرة ثمَّ هلكَ المستأجر قبل تمام المدَّة.

قوله: وَالْأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا، ذكر الأمانات بعد ذكر الودائع لأنَّ الأمانة أعمُّ من الوديعة، ومن أنو اع الأمانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال الشركة، وهذه الأشياء عند الجحود بِها تنقلبُ غصبًا فكان الضمان الواجب بِهذه الأشياء ضمان غصب، لأنَّ الأمينَ يصير غاصبًا للأمانة بالجحود.

قوله: وَمَا يَجِبُ مِنَ العُقْرِ بِوَطْءِ المُشْتَرَاةِ بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ لِاسْتِنَادِهِ إِلَى الشِّرَاءِ،

كَتَعَلُّقِهَا بِالتَّرِكَةِ (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لِتَقَرُّرِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ الرَّقَبَةِ بِهِ (وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا) كَيْ لَا يَمْتَنِعَ البَيْعُ أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المُشْتَرِي (وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ سَوَاءٌ حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِنَ الهِبَةِ) ؛ لِأَنَّ المَوْلَىٰ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي المِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ العَبْدِ وَلَمْ يَفْرُغْ (وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا انْتَزَعَهُ المَوْلَىٰ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ) لِوُجُودِ شَرْطِ الخُلُوصِ لَهُ (وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ يَحْجُرُ عَلَيْهِ فَلَا يَحْصُلُ الكَسْبُ، وَالزِّيَادَةُ عَلَىٰ غَلَّةِ المِثْلِ يَرُدُّهَا عَلَى

فإنه لو لا الشراء لوجب عليه الحدُّ ولم يجب عليه العقر، وسواءٌ ثبت بإقراره أو بالبينة.

قوله: كَيْ لَا يَمْتَنِعَ، يعني أنَّ المشتري إذا عَلِم أنَّ العبد الذي اشتراه يُباعُ في يده ثانيًا بدون اختياره، كما في حقِّ المولىٰ بالإذن في التجارة يمتنعُ عن شرائه فيمتنعُ البيعُ الأول حينئذٍ فيتضرَّرُ الغرماء، فلذلك قلنا أنه لا يُباعُ ثانيًا.

قوله: أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المُشْتَرِي، لأنَّ المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيًا ببيعه بسبب الدين، فلو بيعَ عليه مع ذلك لكان عليه لزومُ الضرر بدون التزامه، بخلاف المولى الأول فإنه أَذِنَ له في التجارة فكان ملتزمًا بأنه ضررُ البيع علىٰ نفسه.

قوله: وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ، أي للمولىٰ أن يأخذ الغلة وهيَ الضريبة التي يضرب المولىٰ على العبد كل شهرٍ مع قيام الدين عليه استحسانًا، والقياسُ أن لا يجوز لأنَّ الدين مقدَّمٌ علىٰ حقِّ المولىٰ في الكسب، وجه الاستحسان أنَّ في ذلك نفع الغرماء لأنَّ حقهم يتعلق بمكاسبه، ولا تحصلُ المكاسب إلا ببقاء الإذن في التجارة،

الغُرَمَاءِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهَا وَتَقَدُّمِ حَقِّهِمْ.

قَالَ: (فَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّىٰ يَظْهَرَ حَجْرُهُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْحَجَرَ لَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِهِ لِتَأَخُّرِ حَقِّهِمْ إِلَىٰ مَا بَعْدَ العِتْقِ لِمَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ وَقَدْ بَايَعُوهُ عَلَىٰ رَجَاءِ ذٰلِكَ، وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ، حَتَّىٰ لَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ لَمْ يَنْحَجِرْ، وَلَوْ بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِهِ وَلَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ بِمَحْضَرٍ مِنْ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ يَنْحَجِرُ، وَالْمُعْتَبَرُ شُيُوعُ الحَجْرِ وَاشْتِهَارُهُ فَيُقَامُ ذٰلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِنْدَ الكُلِّ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرُّسُلِ - عَلَيْهِمُ السَّلَامُ -، وَيَبْقَى العَبْدُ مَأْذُونًا إِلَىٰ أَنْ يَعْلَمَ بِالْحَجْرِ كَالْوَكِيلِ إِلَىٰ أَنْ يَعْلَمَ بِالْعَزْلِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ مَالِهِ بَعْدَ العِتْقِ وَمَا رَضِيَ بِهِ، وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ الشُّيُوعُ فِي الحَجْرِ إِذَا كَانَ الإِذْنُ شَائِعًا. أَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا العَبْدُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ بِعِلْمٍ مِنْهُ يَنْحَجِرُ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ.

ولو منعناه عن أخذ الغلة لحجر عليه فينسدُّ باب الاكتساب.

قوله: كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرُّسُلِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، فإن الذميَّ إذا أسْلَم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتّىٰ مضىٰ زمانٌ يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الإسلام، والحربيُّ إذا أسْلَم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لأنَّ حكم الخطاب غير منتشرٍ في دار الحرب.

قَالَ: (وَلَوْ مَاتَ المَوْلَىٰ أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ المَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَمَا لَا يَكُونُ لَازِمًا مِنَ التَّصَرُّفِ يُعْطَىٰ لِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، هٰذَا هُوَ الأَصْلُ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ أَهْلِيَّةِ الإِذْنِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَهِيَ تَنْعَدِمُ بِالْمَوْتِ وَالْجُنُونِ، وَكَذَا بِاللُّحُوقِ لِأَنَّهُ مَوْتٌ حُكْمًا حَتَّىٰ يُقَسَّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَبَقَ العَبْدُ صَارَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْقَىٰ مَأْذُونًا؛ لِأَنَّ الإِبَاقَ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الإِذْنِ، فَكَذَا لَا يُنَافِي البَقَاءَ وَصَارَ كَالْغَصْبِ. وَلَنَا أَنَّ الإِبَاقَ حَجْرُ دَلَالَةٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَىٰ بِكَوْنِهِ مَأْذُونًا

قوله: وَمَا لَا يَكُونُ لَازِمًا مِنَ التَّصَرُّفِ يُعْطَىٰ لِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، هٰذَا هُوَ الأَصْلُ، لأنه إذا كان التصرف غير لازمٍ كان له ولاية الفسخ في كل ساعةٍ، فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد، فإذا كان كذلك فلا بدَّ من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء، كما يشترطُ للابتداء.

قوله: وَصَارَ كَالْغَصْبِ، معناه لو أذن المولىٰ للعبد المغصوب يصحُّ، فلو غصب العبد المأذون لا يبطلُ الإذن فههنا كذلك، وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال: وأمَّا الغصب هل يمنع ابتداء الإذن؟ فالجوابُ فيه على التفصيل، إن بقي للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصبُ مُقرًّا، أو كان للمالك بينةٌ حاضرةٌ عادلةٌ لا يمنعُ ابتداء الإذن، لأنه إذا بقي له إمكان الأخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمةً فيصحُّ الإذن فكذلك يبقى الإذن، وإن لم يبق للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب جاحدًا ولم يكن له علىٰ ذلك بينةٌ يمنعُ ابتداء الإذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاءُ الإذن

عَلَىٰ وَجْهٍ يَتَمَكَّنُ مِنْ تَقْضِيَةِ دَيْنِهِ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ ابْتِدَاءِ الإِذْنِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا عِنْدَ وُجُودِ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا، وَبِخِلَافِ الغَصْبِ؛ لِأَنَّ الِانْتِزَاعَ مِنْ يَدِ الغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ.

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتِ المَأْذُونُ لَهَا مِنْ مَوْلَاهَا) فَذٰلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَعْتَبِرُ حَالَةَ البَقَاءِ بِالِابْتِدَاءِ. وَلَنَا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يُحْصِنُهَا بَعْدَ الوِلَادَةِ فَيَكُونُ دَلَالَةَ الحَجْرِ عَادَةً، بِخِلَافِ الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَىٰ الدَّلَالَةِ (وَيَضْمَنُ المَوْلَىٰ قِيمَتَهَا إِنْ رَكِبَتْهَا دُيُونٌ) لِإِتْلَافِهِ مَحِلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ، إِذْ بِهِ يَمْتَنِعُ البَيْعُ وَبِهِ يُقْضَىٰ حَقُّهُمْ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا فَدَبَّرَهَا المَوْلَىٰ فَهِيَ مَأْذُونٌ لَهَا عَلَىٰ حَالِهَا) لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ الحَجْرِ، إِذِ العَادَةُ مَا جَرَتْ بِتَحْصِينِ المُدَبَّرَةِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمَيْهَا أَيْضًا، وَالْمَوْلَىٰ

أيضًا، وإن عاد العبدُ من الإباق هل يعودُ الإذن؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالىٰ هذا التفصيلَ، والصحيح أنه لا يعود، كذا في النهاية.

قوله: لِأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَى الدَّلَالَةِ، لأنه صريحٌ بخلاف الدلالة، وهيَ أنَّ الإنسان يحصنُ أم ولده في العادة، وإنَّما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها، فأمَّا مع التصريح بخلاف العادة فلا، كتقدُّم المائدة بين يديِّ إنسان يجعل إذنًا في التناول عادةً إلا إذا صرَّحَ وقال: لا تأكل، فإن قيل: كيف يبطلُ إذنُها صريحًا بدلالة الحجر والشيءُ لا ينتقضُ بما هو دونه؟ قلنا: لا نسلم أنه أذن بِها صريحًا بل هذا فرضٌ منك ولئن سُلِم فبقاء

ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أُمِّ الوَلَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا حُجِرَ عَلَىٰ المَأْذُونِ لَهُ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ المَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيْرِهِ أَوْ غَصْبٌ مِنْهُ أَوْ يُقِرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ فَيُقْضَىٰ مِمَّا فِي يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ. لَهُمَا أَنَّ المُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ إِنْ كَانَ الإِذْنَ فَقَدْ زَالَ بِالْحَجْرِ، وَإِنْ كَانَ اليَدَ فَالْحَجْرُ أَبْطَلَهَا؛ لِأَنَّ يَدَ المَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ المَوْلَىٰ كَسْبَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ بِالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي

الإذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتًا بدليل وهذا الحجر ثَبَتَ بالدليل فكان أقوىٰ.

قوله: لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أُمِّ الوَلَدِ، وهو قوله: لِإِتْلَافِهِ مَحِلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ.

قوله: وَإِذَا حُجِرَ عَلَى المَأْذُونِ لَهُ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ، بخلاف ما إذا بيع المأذون فإنه لا يجوز إقراره فيما في يده بالإجماع.

قوله: فِيمَا فِي يَدِهِ، قيَّد به لأنه لا يصحُّ إقراره فيما انتزعه المولىٰ من يده قبل الإقرار.

قوله: مِنَ المَالِ، قيَّد به لأنه لا يصحُّ إقراره في حقِّ الرقبة بعد الحجر بالإجماع.

قوله: لِأَنَّ يَدَ المَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، أي فيما هو من كسبه أو فيما عرف أنه من مال المولىٰ، وإذا لم يكن كذلك فيده معتبرةٌ، ولهذا إذا استودع عبدٌ رجلًا وديعةً ثمَّ غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعةَ، مأذونًا كان العبدُ أو محجورًا عليه، فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبارٌ لَمَا اشترطَ حضرته ولكن لا اعتبارَ ليده في كسبه وفيما علم أنه للمولىٰ،

حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الحَجْرِ، وَلَهُ أَنَّ المُصَحِّحَ هُوَ اليَدُ، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَأْذُونِ فِيمَا أَخَذَهُ المَوْلَىٰ مِنْ يَدِهِ وَالْيَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً، وَشَرْطُ بُطْلَانِهَا بِالْحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغُهَا عَنْ حَاجَتِهِ، وَإِقْرَارُهُ دَلِيلُ تَحَقُّقِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ المَوْلَىٰ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَوْلَىٰ ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ، وَكَذَا مِلْكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ؛ لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ تَبَدَّلَ بِتَبَدُّلِ المِلْكِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَلَا يَبْقَىٰ مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ المِلْكِ، وَلِهٰذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ لَمْ يَمْلِكِ المَوْلَىٰ مَا فِي يَدِهِ. وَلَوْ أَعْتَقَ مِنْ كَسْبِهِ عَبْدًا لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعْتِقُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) ؛ لِأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ المِلْكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مِلْكُ رَقَبَتِهِ وَلِهٰذَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَهَا، وَوَطْءَ الجَارِيَةِ المَأْذُونِ لَهَا، وَهٰذَا آيَةُ كَمَالِهِ، بِخِلَافِ الوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرِكَتِهِ.

وفي الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة: وهذا إذا لم يعلم المودع أنَّ الوديعةَ كسب العبد، وأمَّا إذا علم أنه كسب العبد فللمولىٰ حقُّ الأخذ، وكذلك إذا لم يعلم أنَّها كسب العبد ولكن علم أنَّها مال المولىٰ كان للمولىٰ أن يأخذ.

قوله: لِأَنَّهُ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ، وهذا لأنَّ صرف اكتسابه إلىٰ أقرب

أَمَّا مِلْكُ المَوْلَىٰ فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ. وَلَهُ أَنَّ مِلْكَ المَوْلَىٰ إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافُهُ عَنِ العَبْدِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَتِهِ كَمِلْكِ الوَارِثِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ وَالْمُحِيطُ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ، وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ المِلْكِ وَعَدَمُهُ فَالْعِتْقُ فُرَيْعَتُهُ، وَإِذَا نَفَذَ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ

الناس إليه نظرٌ في حقه كيلا يتعطَّلُ سعيهُ في دار الدنيا، ومتىٰ كان على الميت دينٌ مستغرقٌ فالنظَّرُ في ضده لأنَّ قضاء الدين فرضٌ عليه وإنه حائلٌ بينه وبين ربه، وأمَّا ملك المولىٰ كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار أنه يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرقِّ فيه، وهذا المعنىٰ قائمٌ بعد الإذن وثبوت الدين، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ ملك المولىٰ إنَّما يثبت خلافةً عن العبد بعد الفراغ من حاجته كملك الوارث، لِمَا أنَّ الكسب في الأصل ملك الكاسب وإنما يخلفه غيره بعد إفراغه عن حاجته، ولهذا لو امتنع المولىٰ من الإنفاق عليه أمر العبد بالكسب والإنفاق علىٰ نفسه وما فضل عن حاجته يرد على المولىٰ، وما قالا أنه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملكِ الرقبة ينتقضُ بالمكاتب، فإنَّ ملك الرقبة موجودٌ ولا يملك المولىٰ أكسابه والمأذونُ بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك ذلك لمانعٍ وهو حاجته إلىٰ قضاء دينه لأنه لمَّا صار بمنزلة الحرِّ في حقِّ التصرف واليد والحُرِّ المديون لا يستحقُّ وارثه تركته لحاجته إلىٰ قضاء الدين، فكذا هنا.

قوله: وَلَهُ أَنَّ مِلْكَ المَوْلَىٰ إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافُهُ عَنِ العَبْدِ، فإن قيل: المولىٰ كيفَ يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبدُ ليسَ بأهلٍ لملك المال وشرط الخلافة تصوُّر الأصل؟ قلنا: العبدُ ليس بأهلٍ لملكٍ مستقرٍّ لكنه أهلٌ لملك ينتقل إلىٰ غيره إذا فرغَ عن حاجته، وهذا لأنَّ العبد من حيث إنه آدميٌّ بمنزلة الحرِّ ومن حيث إنه مال مملوك كالبهيمة، ولو كان حرًّا مطلقًا لملك المال ملكًا مستقرًّا، ولو كان مملوكًا مطلقًا كالبهيمة لم يملك أصلًا فقلنا بأنه يملك ملكًا منتقلًا عملًا بالشبهين.

لِلْغُرَمَاءِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ جَازَ عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ قَلِيلِهِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لَانْسَدَّ بَابُ الِانْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَخْتَلُّ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْإِذْنِ وَلِهَٰذَا لَا يَمْنَعُ مِلْكَ الْوَارِثِ وَالْمُسْتَغْرَقُ يَمْنَعُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَىٰ شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ) ؛ لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِكَسْبِهِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ مُطْلَقًا) ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَىٰ الْأَجْنَبِيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِيهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ مِنَ الْوَارِثِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ حَتَّىٰ كَانَ لِأَحَدِهِمِ الِاسْتِخْلَاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ. أَمَّا حَقُّ الْغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ لَا غَيْرَ فَافْتَرَقَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ، وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَىٰ إِنْ شَاءَ أَزَالَ الْمُحَابَاةَ، وَإِنْ شَاءَ

قوله: وَكَذَا عِنْدَهُ، أي في قوله الأول، وفي قوله الآخر لا يملك ولا يصحُّ إعتاقه، لأنَّ الدين متعلق بكسبه، وفي حق التعلق لا فرقَ بين القليل والكثير كما في الرهن.

قوله: وَلِهَٰذَا لَا يَمْنَعُ مِلْكَ الوَارِثِ، أي في قوله الآخر.

قوله: وَإِذَا بَاعَ مِنَ المَوْلَىٰ شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ، إذا باع العبد المأذون المديون شيئًا من أكسابه من المولىٰ بمثل قيمته جاز، وإن لم يكن مديونًا لا يجوز.

نَقَضَ البَيْعَ، وَعَلَىٰ المَذْهَبَيْنِ اليَسِيرُ مِنَ المُحَابَاةِ وَالْفَاحِشُ سَوَاءٌ. وَوَجْهُ ذٰلِكَ أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الغُرَمَاءِ وَبِهٰذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهٰذَا بِخِلَافِ البَيْعِ مِنَ الأَجْنَبِيِّ بِالْمُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ حَيْثُ يَجُوزُ وَلَا يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، وَالْمَوْلَىٰ يُؤْمَرُ بِهِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ بِالْيَسِيرِ مِنْهُمَا مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالْبَيْعِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرْنَاهُ تَبَرُّعًا فِي البَيْعِ مَعَ المَوْلَىٰ لِلتُّهْمَةِ غَيْرَ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِانْعِدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ بِالْكَثِيرِ مِنَ المُحَابَاةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا عِنْدَهُمَا، وَمِنَ المَوْلَىٰ يَجُوزُ وَيُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ لَا تَجُوزُ مِنَ العَبْدِ المَأْذُونِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَىٰ، وَلَا إِذْنَ فِي البَيْعِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ وَهُوَ إِذْنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِزَالَةَ المُحَابَاةِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ، وَهٰذَانِ الفَرْقَانِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا.

قوله: وَعَلَى المَذْهَبَيْنِ اليَسِيرُ مِنَ المُحَابَاةِ وَالْفَاحِشُ سَوَاءٌ، إذا باعَ من المولىٰ شيئًا بنقصانٍ لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فاحشًا كان الغبنُ أو يسيرًا، وعندهما جاز البيع فاحشًا كان الغبن أو يسيرًا، ولكن يخيَّرُ المولىٰ بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيعَ.

قوله: وَوَجْهُ ذٰلِكَ، أي وجه الجواز مع التخيير.

قوله: وَهٰذَانِ الفَرْقَانِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا، لأنَّ أبا حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ لمَّا لم يجوِّز البيعَ من المولىٰ لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج إلىٰ هذين الفرقين، وإنَّما يحتاجُ إلىٰ فرقٍ واحدٍ وهو جوازُ بيع العبد من الأجنبيِّ بالغبن الفاحش وعدم الجواز من

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَىٰ شَيْئًا بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ جَازَ البَيْعُ) ؛ لِأَنَّ المَوْلَىٰ أَجْنَبِيٌّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تُهْمَةَ فِي هٰذَا البَيْعِ؛ وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي كَسْبِ العَبْدِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَيَتَمَكَّنُ المَوْلَىٰ مِنْ أَخْذِ الثَّمَنِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ هٰذَا التَّمَكُّنُ وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ تَتْبَعُ الفَائِدَةَ (فَإِنْ سَلَّمَ المَبِيعَ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ) ؛ لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَىٰ فِي العَيْنِ مِنْ حَيْثُ الحَبْسُ، فَلَوْ بَقِيَ بَعْدَ سُقُوطِهِ يَبْقَىٰ فِي الدَّيْنِ وَلَا يَسْتَوْجِبُهُ المَوْلَىٰ عَلَىٰ عَبْدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجَازَ أَنْ يَبْقَىٰ حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَيْنِ.

المولىٰ، والفرقُ ما ذُكر في الكتاب، وعلىٰ أصلهما يحتاجُ إلى الفرقين أحدهما في حقِّ المحاباة اليسيرة بين المولىٰ والأجنبيِّ حيثُ لا يُؤمر الأجنبيُّ بإزالة المحاباة والمولىٰ يُؤمر عندهما، والثاني في حقِّ المحاباة الفاحشة بين المولىٰ والأجنبيِّ حيث لا يجوز بيعه من الأجنبيِّ مع المحاباة أصلًا عندهما، ويجوزُ بيعه من المولىٰ مع المحاباة الفاحشة ولكن يُؤمرُ المولىٰ بإزالة المحاباة ههنا أيضًا كما في اليسيرة، وهذا الذي ذكرنا قول بعضُ المشايخ، وقيل: الصحيح قوله كقولهما، لأنَّ المولىٰ يستبدُّ من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأَن يكون له ذلك بالبيع أوْلىٰ، وصار العبدُ في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبيِّ.

قوله: لِأَنَّ المَوْلَىٰ أَجْنَبِيٌّ عَنْ كَسْبِهِ، هذه النكتةُ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، والنكتة الثانية وهو قوله: وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ، علىٰ قولهما، أو علىٰ قول الكلِّ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجَازَ أَنْ يَبْقَىٰ حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا

قَالَ: (وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَازَ) ؛ لِأَنَّ البَائِعَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي المَبِيعِ وَلِهٰذَا كَانَ أَخَصَّ بِهِ مِنَ الغُرَمَاءِ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَىٰ حَقٌّ فِي الدَّيْنِ إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ (وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ أَوْ بِنَقْضِ البَيْعِ) كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَىٰ المَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ) ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ وَالْمَوْلَىٰ ضَامِنٌ لَقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ بَيْعًا وَاسْتِيفَاءً مِنْ ثَمَنِهِ (وَمَا بَقِيَ مِنَ الدُّيُونِ يُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ) ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لَزِمَ المَوْلَىٰ إِلَّا بِقَدْرِ مَا أَتْلَفَ ضَمَانًا فَبَقِيَ البَاقِي عَلَيْهِ كَمَا كَانَ (فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ضَمِنَ الدَّيْنَ لَا غَيْرَ) ؛

بِالْعَيْنِ، والمولىٰ أحقُّ بذلك من الغرماء لأنه بالعقد ملك العرَض بعينه ولا يجب دينٌ في ذمته، ويجوز أن يكون عيَّن ملكه في يد عبده وهو أحقُّ به من الغرماء، كما لو غصبَ شيئًا من ماله أو أوْدَع مالًا عند عبده.

قوله: إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ، كالمكاتب لمَّا كان للمولىٰ تعلُّقٌ برقبته جازَ أن يجبَ عليه بدل الكتابة، وكذلك المستسعىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ أَوْ بِنَقْضِ البَيْعِ، كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ العَبْدِ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وغيره في شرح المبسوط من غير ذكر خلافٍ، ويحتملُ أن يكون البيعُ فاسدًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ علىٰ قول بعض المشايخ، كما في الفصل الأول وهو منصوصٌ عليه في الحصر وغيره.

لِأَنَّ حَقَّهُمْ بِقَدْرِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ المَأْذُونِ لَهُمَا وَقَدْ رَكِبَتْهُمَا دُيُونٌ لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِمَا اسْتِيفَاءً بِالْبَيْعِ فَلَمْ يَكُنِ المَوْلَىٰ مُتْلِفًا حَقَّهُمْ فَلَمْ يَتَضَمَّنْ شَيْئًا.

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَىٰ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَغَيَّبَهُ، فَإِنْ شَاءَ الغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا الْمُشْتَرِيَ) ؛ لِأَنَّ العَبْدَ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ حَتَّىٰ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ المَوْلَىٰ دَيْنَهُمْ وَالْبَائِعُ مُتْلِفٌ حَقَّهُمْ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَالْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ وَالتَّغْيِيبِ فَيُخَيَّرُونَ فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ شَاءُوا أَجَازُوا البَيْعَ وَأَخَذُوا الثَّمَنَ) ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ وَالْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْإِذْنِ السَّابِقِ كَمَا فِي المَرْهُونِ (فَإِنْ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَىٰ المَوْلَىٰ بِعَيْبٍ لِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَرْجِعَ بِالْقِيمَةِ وَيَكُونَ حَقُّ الغُرَمَاءِ فِي العَبْدِ) ؛ لِأَنَّ سَبَبَ

قوله: فَيُخَيَّرُونَ فِي التَّضْمِينِ، ثمَّ إن ضمَّنوا المشتري رجعَ المشتري بالثمن على البائع، لأنَّ استِردادُ القيمة منه كاستِرداد العبد لو ظفروا به، وإن ضمنوا البائعَ قيمته تمَّ البيعُ الذي جرىٰ بين البائع والمشتري لزوال المانع.

قوله: وَالْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْإِذْنِ السَّابِقِ، فإن قيل: يشكلُ بما إذا كفلَ رجلٌ عن غيره بغير إذنه ثمَّ أذن المكفول له لا يرجعُ الكفيل عليه؟ قلنا: لأنه لا يحتاجُ إلى الإذن فلا يؤثر الإذنُ فيها، ولا كذلك هنا فإنَّ البيعَ يتوقَّفُ لزومه علىٰ إجازة الغرماء.

قوله: كَمَا فِي المَرْهُونِ، أي الرَّاهنُ إذا باعَ المرهون ثمَّ أجاز المرتَهِنُ البيعَ.

الضَّمَانِ قَدْ زَالَ وَهُوَ البَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ، وَصَارَ كَالْغَاصِبِ إِذَا بَاعَ وَسَلَّمَ وَضَمِنَ القِيمَةَ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَىٰ المَالِكِ وَيَسْتَرِدَّ القِيمَةَ كَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ المَوْلَىٰ بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالدَّيْنِ فَلِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَرُدُّوا البَيْعَ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ وَهُوَ حَقُّ الِاسْتِسْعَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ مِنْ رَقَبَتِهِ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ، فَالْأَوَّلُ تَامٌّ مُؤَخَّرٌ وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، وَبِالْبَيْعِ تَفُوتُ هٰذِهِ الخِيرَةُ فَلِهٰذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ. قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي البَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ.

قوله: وَأَعْلَمَهُ بِالدَّيْنِ، أي أعْلَم البائعُ المشتري بأنَّ هذا العبد الذي أبيعكَ مديونٌ، وفائدةُ هذا الإعلام سقوطُ خيار المشتري في الردِّ بعيب الدين، حتَّىٰ يقع البيع لازمًا فيما بين البائع والمشتري وإن لم يكن لازمًا في حقِّ الغرماء إذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونِهم.

قوله: فَالْأَوَّلُ تَامٌّ مُؤَخَّرٌ - إلىٰ زمان الاستسعاء - وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، هذا إذا لم يكن في الثمن وفاءً بديونِهم.

قوله: قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي البَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ، أي ليسَ للغرماء حقُّ نقض البيع إذا وصلَ إليهمُ الثمنُ والبيعُ بمثل القيمة وإن لم يكن في الثمن وفاءً بديونِهم، ذكر الإمام قاضي خان وغيره وهو قوله: تأويله إذا باعَ بثمنٍ لا يفي بديونِهم، لأنه كانَ لهم حقُّ الاستسعاء إلىٰ أن تصلَ إليهم ديونَهم، وبعد البيع لا يمكنهمُ الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيعَ،

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ البَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ المُشْتَرِي) مَعْنَاهُ إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ وَهٰذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: المُشْتَرِي خَصْمُهُمْ وَيَقْضِي لَهُمْ بِدَيْنِهِمْ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا اشْتَرَىٰ دَارًا وَوَهَبَهَا وَسَلَّمَهَا وَغَابَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَالْمَوْهُوبُ لَهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ. وَعَنْهُمَا مِثْلُ قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَدَّعِي المِلْكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ خَصْمًا لِكُلِّ مَنْ يُنَازِعُهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَىٰ تَتَضَمَّنُ فَسْخَ العَقْدِ وَقَدْ قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الفَسْخُ قَضَاءً عَلَىٰ الغَائِبِ.

وإن كان في الثمن وفاءً بديونِهم لا يكونُ لهم ولايةُ نقض البيع علىٰ أنَّ لهم حقَّ القبض إذا لم يكن في الثمن وفاءٌ بديونِهم، وفي النهاية: وفي هذا اللفظ نوعُ نظرٍ، إذ كان من حقه أن يقال: وتأويله إذا باع بثمنٍ لا يفي بديونِهم، كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام، ومأذون الجامع الصغير لقاضي خان، والذخيرة.

قوله: فَإِنْ كَانَ البَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ المُشْتَرِي، هذه المسئلة مختلفٌ فيها، أمَّا إذا كان المشتري غائبًا والبائعُ حاضرًا فلا خصومةَ بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلافٍ حتَّىٰ يحضرُ المشتري، لأنَّ الملكَ واليدَ للمشتري وإبطالُ ذلك بدون حضوره لا يمكنُ فيه، فما لم يبطل ملك المشتري لا تكون الرقبة محلًّا لحقِّ الغرماء إلَّا أنَّ لهم أن يضمنوا البائعَ قيمته لأنَّ بالبيع والتسليم صار مفوِّتًا محلَّ حقهم.

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ، وإنَّما قيَّدَ به لأنه إذا أقرَّ المشتري بديونِهم وصدقهم في دعوى الدَّين كان للغرماء أن يردُّوا البيعَ بلا خلافٍ، كذا ذكره المحبوبي رحمه الله.

قَالَ: (وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا وَقَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَاشْتَرَىٰ وَبَاعَ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التِّجَارَةِ) ؛ لِأَنَّهُ إنْ أَخْبَرَ بِالْإِذْنِ فَالْإِخْبَارُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، إذِ الظَّاهِرُ أَنَّ المَحْجُورَ يَجْرِي عَلَىٰ مُوجِبِ حَجْرِهِ وَالْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ هُوَ الأَصْلُ فِي المُعَامَلَاتِ كَيْ لَا يَضِيقَ الأَمْرُ عَلَىٰ النَّاسِ، (إلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ حَتَّىٰ يَحْضُرَ مَوْلَاهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّهَا خَالِصُ حَقِّ المَوْلَىٰ، بِخِلَافِ الكَسْبِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا (فَإِنْ حَضَرَ فَقَالَ هُوَ مَأْذُونٌ بِيعَ فِي الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ المَوْلَىٰ (وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ.

قوله: وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ، أي فتصرُّفه دليلٌ عليه.

قوله: لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ، أي في حقِّ بيع الرقبة، لأنَّ بيعَ الرقبة ليسَ من لوازم الإذن في التجارة، ألا يرىٰ أنه إذا أذِنَ للمدبَّر وأمِّ الولد ولحقهما الدين لا يباعان، وهما مأذونٌ لهما، بخلاف الكسب فإنَّ قضاء الدَّين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة، لأنه حقُّ العبد.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وهو ما ذكر قبل هذا ويتعلَّق دينه بكسبه إلىٰ أن قال: لأنَّ المولىٰ إنَّما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

فَصْلٌ
[أَحْكَامُ إِذْنِ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوه]

(وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ فَهُوَ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْعَبْدِ المَأْذُونِ إذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ حَتَّىٰ يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَنْفُذُ؛ لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ فَيَبْقَىٰ بِبَقَائِهِ، وَلِأَنَّهُ مُوَلًّىٰ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَمْلِكَ الوَلِيُّ التَّصَرُّفَ عَلَيْهِ وَيَمْلِكَ حَجْرَهُ فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ وَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَامُ بِالْوَلِيِّ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَىٰ أَصْلِهِ فَتَحَقَّقَتِ الضَّرُورَةُ إِلَىٰ تَنْفِيذِهِ مِنْهُ. أَمَّا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَتَوَلَّاهُ الوَلِيُّ فَلَا ضَرُورَةَ هَاهُنَا. وَلَنَا أَنَّ

فصل
[أحكام إذن الصّبي والمعتوه]

قوله: لِلْمُنَافَاةِ، لأنَّ كونه مولّى عليه سمة العجز، وكونه واليًا آية القدرة، وهما متضادَّان فلا يجتمعان، بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، أي الصوم النفل والصلاة النفل حيثُ يصحَّان منه، وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَىٰ أَصْلِهِ، أي الوصية بأعمال البرِّ من أصله أنَّ كل تصرُّفٍ لا يتحقَّقُ من الوليِّ في حقه يصحُّ تصرُّف الصبي فيه بنفسه، وما يتحقَّقُ من الوليِّ فلا يصحُّ مباشرة الصبي فيه، لأنَّ تصرفه بنفسه بسبب الضرورة، والضرورةُ تندفع بما يتصرَّفُ فيه الوليُّ.

التَّصَرُّفَ المَشْرُوعَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ تَقْرِيرُهُ فِي الخِلَافِيَّاتِ. وَالصِّبَا سَبَبُ الحَجْرِ لِعَدَمِ الهِدَايَةِ لَا لِذَاتِهِ، وَقَدْ ثَبَتَتْ نَظَرًا إِلَىٰ إِذْنِ الوَلِيِّ، وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ لِنَظَرِ الصَّبِيِّ لِاسْتِيفَاءِ المَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الحَالِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ؛ لِأَنَّهُ ضَارٌّ مَحْضٌ فَلَمْ يُؤَهَّلْ لَهُ. وَالنَّافِعُ المَحْضُ

قوله: صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ، الأهلية للتصرُّف بالتكلم عن تمييزٍ وبيانٍ لا عن تلقينٍ وهذيانٍ، فإن قيل: الأهليةُ بالبلوغ عن عقل، ولهذا لا تتوجَّه خطاباتُ الشرع قبل البلوغ، وذلك لأنَّ العقلَ والتمييز أمرٌ باطنٌ فأقامَ الشرعُ البلوغَ مقامه؟ قلنا: الأهلية بالعقل والتمييز، ويستدلُّ بالبلوغ علىٰ كماله واعتداله، وإذن الوليِّ دليلٌ عليه أيضًا، ولا تزاحم في الأسباب، إلا أنَّ الصبيَّ مظنَّة المرحمة، وبالخطابات يتضرَّرُ، وصحة العبارة نفعٌ محضٌ، إذ الآدميُّ به يشرفُ ويميِّزُ من غيره، فلهذا اعتبر إذن الوليِّ في المعاملات دون خطابات الشرع.

قوله: عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ، وهو الولايةُ الثابتةُ بواسطة الملك المطلق الحاضر.

قوله: لِعَدَمِ الهِدَايَةِ، أي في أمور التجارة.

قوله: وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ، ولأنه مولًى عليه حتَّىٰ يملك الوليُّ التصرفَ ويملك حجره، فأجابَ بأنَّ بقاء ولايته لنظر الصبيِّ ليتوسعُ طريق النيل والإصابة فيستوفي المصلحةَ بطريقين، بمباشرة الوليِّ وبمباشرة الصبيِّ، وتمكنه من حجره لاحتمال تبدُّل حاله من الهداية إلىٰ غيرها، ومتىٰ جعلناه مولًى عليه باعتبار قصور الأهلية لم نجعله وليًّا فيه، فالحاصلُ أنَّ الصبيَّ مستحقٌّ للنظر مصون عن الضرر، والتصرفات أنواعٌ ثلاثةٌ: ضارٌّ محضٌ، كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة،

كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤَهَّلُ لَهُ قَبْلَ الإِذْنِ، وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فَيُجْعَلُ أَهْلًا لَهُ بَعْدَ الإِذْنِ لَا قَبْلَهُ، لٰكِنْ قَبْلَ الإِذْنِ يَكُونُ مَوْقُوفًا مِنْهُ عَلَىٰ إِجَازَةِ الوَلِيِّ لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهِ نَظَرًا، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ، وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالْجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ وَالْوَصِيَّ وَالْقَاضِي وَالْوَالِي، بِخِلَافِ صَاحِبِ الشُّرَطِ؛

فلا يملكه الصبيُّ وإن أذن له الوليُّ، ونافعٌ محضٌ، كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير إذن الوليِّ، ودائرٌ بين النفع والضرر، كالبيع والشراء والإجارة والنكاح فيملكه بالإذن ولا يملكه بدونه، لأنَّ الصبيَّ العاقل يشبهُ البالغَ من حيث إنه عاقلٌ مميزٌ ويشبهُ الطفلَ الذي لا عقلَ له من حيثُ إنه لم يتوجه عليه الخطاب، وفي عقله قصورٌ وللغير عليه ولايةٌ، فألْحَقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضارِّ، وفيما هو دائرٌ بينهما بالطفل عند عدم الإذن، وبالبالغ عند الإذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن، ولكن قبل الإذن يكون منعقدًا موقوفًا علىٰ إجازة الوليِّ، لأنه له فيه منفعةٌ ليصيرَ مهتديًا إلىٰ وجوه التجارات عارفًا بأنْواع المعاملات ممتازًا عن الحيوانات، حتَّىٰ لو بلغَ فأجازه نفذَ عندنا، خلافًا لزُفرَ رحمه الله تعالىٰ لأنه توقَّفَ علىٰ إجازة وليِّه وقد صارَ وليًّا بنفسه.

قوله: بِخِلَافِ صَاحِبِ الشُّرَطِ، وفي المغرب: الشرطُ بالسكون والحركة خيار الجند وأوَّلُ كتيبةٍ يحضرُ الحربَ، والجمع شُرُط، وصاحبُ الشُّرطة في باب الجمعة يُراد به أمير البلدة، كأمير بُخارا، وكان الوالي أكبَرَ من صاحب الشرط، لأنَّ للوالي تقليد القضاة فلذلكَ ثبتَ ولاية إذن الصبيِّ للوالي دون صاحب الشرط، وفي المبسوط: ثمَّ صحة الإذن له من وليِّه، ووليُّهُ أبوهُ، ثمَّ وصيُّ الأبِ، ثمَّ الجدُّ أبُ الأبِ ثمَّ وصيُّه، ثمَّ القاضي أو وصيُّ القاضي، فأمَّا الأمُّ أو وصيُّ الأمِّ فلا يصحُّ منهم الإذن له في التجارة،

لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَيْهِ تَقْلِيدُ القُضَاةِ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ كَوْنَ البَيْعِ سَالِبًا لِلْمِلْكِ جَالِبًا لِلرِّبْحِ، وَالتَّشْبِيهُ بِالْعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي العَبْدِ مِنَ الأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ فَكُّ الحَجْرِ وَالْمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ عَبْدًا كَانَ أَوْ صَبِيًّا، فَلَا يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ. وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي العَبْدِ. وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُ العَبْدِ وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ ....

لأنه غيرُ وليٍّ في التصرفات مطلقًا بل هيَ كالأجنبيِّ إلا فيما يرجعُ إلىٰ حفظه، ولهذا لا يملكُ بيع عقاره، وإنَّما جازَ بيعُ وصيِّ الأمِّ العروضَ التي ورثها الصغيرُ من الأمِّ بطريق التحصين والحفظ على الأم الميتة وعلى الصغير، لا لأنه تجارةٌ، حتَّىٰ لو اشترىٰ شيئًا آخرَ لليتيم لا يجوز، وليسَ في الإذن تحصينٌ وحفظٌ.

قوله: وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، قيَّدَ بظاهر الرواية لأنه روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه لا يصحُّ إقراره فيما وَرِثه عن أبيه، لأنَّ صحة إقراره في كسبه لحاجته إلىٰ ذلك في التجارات، حتَّىٰ لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفًا عن توي أموالهم، ولهذا ملكه وإن لم يملك الولي الإقرار عليه، وجه الظاهر أنه بانضمام رأي الوليِّ التحقَ بالبالغ وكلُّ واحدٍ من المالين ملكه فارغٌ عن حاجة الغير فيصحُّ إقراره فيهما.

قوله: وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ، فيه إجماعٌ، وفي تزويج أمته خلافُ أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ فإنه يجوز عنده.

وَلَا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي العَبْدِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ يَصِيرُ مَأْذُونًا بِإِذْنِ الأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: وَلَا كِتَابَتِهِ، وإنَّما لم يملكها مع أنَّ الأبَ والوصيَّ يملكانِها، لأنَّ تصرفهما مقيَّدٌ بشرط النظر فيتحقَّقُ في الكتابة النظر، وأمَّا تصرف الصبي بعد الإذن مقيَّدٌ بالتجارة والكتابة ليست بتجارةٍ.

قوله: دُونَ غَيْرِهِمْ، أي من الأقارب كالأخ والعم، وفائدة هذا التقييد أنه يصيرُ مأذونًا بإذن القاضي كما مرَّ في حقِّ الصبر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الغَصْبِ

الْغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الغَيْرِ عَلَىٰ سَبِيلِ التَّغَلُّبِ لِلْاِسْتِعْمَالِ فِيهِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوَّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ، حَتَّىٰ كَانَ اسْتِخْدَامُ العَبْدِ وَحَمْلُ الدَّابَّةِ غَصْبًا دُونَ الجُلُوسِ عَلَىٰ البِسَاطِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مَعَ العِلْمِ فَحُكْمُهُ المَأْثَمُ وَالْمَغْرَمُ،

كتاب الغصب

قوله: فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ، يعني مالًا أو غيره، يُقال غصب زوجة فلان أو ولده.

قوله: مُحْتَرَمٍ، احترِاز عن غصب مال الحربي في دار الحرب.

قوله: حَتَّىٰ كَانَ اسْتِخْدَامُ العَبْدِ وَحَمْلُ الدَّابَّةِ غَصْبًا، إيضاحٌ لقوله: عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ، لأنه بالاستخدام والحمل أثبتَ يد التصرف عليه، وذلك يوجبُ زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لأنه لم يوجد فيه النقلُ والتحويلُ والبساط فعلُ المالك وقد بقي أثرُ فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلًا يده، وعلىٰ قول الشافعي إزالة يدُ المالك عن المغصوب ليس بشرطٍ بل إثبات يد العدوان عليه كافٍ لتحقُّق الغصب، وثمرة الاختلاف تظهرُ في زوائد المغصوب مثلَ ولد المغصوبة وثمرة البستان، فإنَّها ليست بمضمونةٍ عندنا لانعدام حدِّ الغصب الذي ذكر.

وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ قَصْدِهِ وَلَا إِثْمَ؛ لِأَنَّ الخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا لَهُ مِثْلٌ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ، وَلَا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا، وَهٰذَا لِأَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلِأَنَّ المِثْلَ أَعْدَلُ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الجِنْسِ وَالْمَالِيَّةِ فَكَانَ أَدْفَعَ لِلضَّرَرِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ مِثْلِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ يَخْتَصِمُونَ) وَهٰذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَوْمَ الغَصْبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَوْمَ الِانْقِطَاعِ) لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ التَحَقَ بِمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ إِذْ هُوَ المُوجِبُ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الوَاجِبَ المِثْلُ فِي الذِّمَّةِ. وَإِنَّمَا يُنْتَقَلُ إِلَىٰ القِيمَةِ بِالِانْقِطَاعِ فَتُعْتَبَرُ

قوله: وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ، أي العلم، بأن ظنَّ أنَّ المأخوذ ماله، أو اشترىٰ عينًا ثمَّ ظَهَر استحقاقه، لأنَّ الضمانَ إنما يجبُ جبرًا لحقِّه بتفويته، وحقُّه مرعيٌّ وإن كان الآخذ معذورًا لجهله وعدم قصده.

قوله: وَلَا إِثْمَ، لأنَّ الخطا موضوعٌ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفعَ عن أمتي الخطأ والنسيان» والمراد المأثمُ، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

قِيمَتُهُ يَوْمَ الِانْقِطَاعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ النَّقْلَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ، وَلِهٰذَا لَوْ صَبَرَ إِلَىٰ أَنْ يُوجَدَ جِنْسُهُ لَهُ ذٰلِكَ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ بِقَضَاءِ القَاضِي فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الخُصُومَةِ وَالْقَضَاءِ بِخِلَافِ مَا لَا مِثْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالْقِيمَةِ بِأَصْلِ السَّبَبِ كَمَا وُجِدَ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ عِنْدَ ذٰلِكَ.

قَالَ: (وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصَبَهُ) مَعْنَاهُ العَدَدِيَّاتُ المُتَفَاوِتَةُ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الحَقِّ فِي الجِنْسِ فَيُرَاعَىٰ فِي المَالِيَّةِ وَحْدَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ. أَمَّا العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالْمَكِيلِ حَتَّىٰ يَجِبَ مِثْلُهُ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَفِي البُرِّ المَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ القِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ لَهُ.

قَالَ: (وَعَلَىٰ الغَاصِبِ رَدُّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ) مَعْنَاهُ مَا دَامَ قَائِمًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «عَلَىٰ اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ صَبَرَ إِلَىٰ أَنْ يُوجَدَ جِنْسُهُ لَهُ ذٰلِكَ، أي لو كانت ثابتةً بمجرَّد الانقطاع لكان يجبَرُ علىٰ قبول القيمة لو أتىٰ بِها الغاصبُ، ولا يمكنُ له من الصبر إلىٰ مجيء أوان المثل، وحيثُ لم يجبر دلَّنا ذلك علىٰ أنَّ إيجاب المثل إنَّما يثبتُ بالقضاء.

قوله: مَعْنَاهُ العَدَدِيَّاتُ المُتَفَاوِتَةُ، كالرُّمان، والسفرجل، والبطيخ، وكالثياب والدواب، والمتقاربة كالجوز والبيض.

لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ عَلَيْهِ» وَلِأَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ فَيَجِبُ إعَادَتُهَا بِالرَّدِّ إلَيْهِ، وَهُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَرَدُّ القِيمَةِ مُخَلِّصٌ خَلَفًا؛ لِأَنَّهُ قَاصِرٌ، إذِ الكَمَالُ فِي رَدِّ العَيْنِ وَالْمَالِيَّةِ. وَقِيلَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ، وَيَظْهَرُ ذٰلِكَ فِي بَعْضِ الأَحْكَامِ (وَالْوَاجِبُ الرَّدُّ فِي المَكَانِ الَّذِي غَصَبَهُ) لِتَفَاوُتِ القِيَمِ بِتَفَاوُتِ الأَمَاكِنِ (فَإِنِ ادَّعَىٰ هَلَاكَهَا حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّىٰ يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأَظْهَرَهَا ثُمَّ قَضَىٰ عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا) ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ رَدُّ العَيْنِ وَالْهَلَاكُ بِعَارِضٍ، فَهُوَ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا خِلَافَ الظَّاهِرِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ كَمَا إذَا ادَّعَىٰ الإِفْلَاسَ وَعَلَيْهِ ثَمَنُ مَتَاعٍ فَيُحْبَسُ إلَىٰ أَنْ يُعْلَمَ مَا يَدَّعِيهِ، فَإِذَا عَلِمَ الهَلَاكَ سَقَطَ عَنْهُ رَدُّهُ

قوله: لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، بتوسُّط حرف العطف، كذا في المبسوط، ومعناه ظاهرٌ، والرواية في المصابيح: لاعبًا جادًا، بدون توسط حرف العطف بينهما، أي لا يريدُ سرقته ولكن يريدُ إدخال الغيظ علىٰ أخيه فهو لاعبٌ في مذهب السرقة جادٌّ في إدخال الغيظ علىٰ أخيه.

قوله: وَيَظْهَرُ ذٰلِكَ فِي بَعْضِ الأَحْكَامِ، ولهذا لو أبرأه عن الضمان حالَ قيامَ العين يصحُّ، حتّىٰ لو هَلَكَ بعده لا يجبُ الضمانُ، ولولا أنَّ الموجبَ الأصليَّ القيمةُ لَمَا صحَّ الإبراء لأنَّ الإبراء عن العين لا يصحُّ، ولو كفل بالمغصوب يصحُّ، ولو لم يكن الضمان واجبًا لكان كفالةً بالعين، ولو غصبَ جاريةً قيمتها ألفٌ وله ألفٌ نقداً وحالَ عليه الحولُ فإنه لا يجبُ الزكاة علىٰ هذا الألف لأنه صار مديونًا ولا تجبُ الزكاة على المديون.

فَيَلْزَمُهُ رَدُّ بَدَلِهِ وَهُوَ القِيمَةُ.

قَالَ: (وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنقَلُ وَيُحَوَّلُ) ؛ لِأَنَّ الغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ اليَدِ بِالنَّقْلِ. (وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِتَحَقُّقِ إِثْبَاتِ اليَدِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ اليَدَيْنِ عَلَىٰ مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ فَيَتَحَقَّقُ الوَصْفَانِ وَهُوَ الغَصْبُ عَلَىٰ

قوله: وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ، النقلُ والتحويلُ واحدٌ كما في قوله تعالىٰ: ﴿ فَيَـُٔوسٌ قَنُوطٌ ﴿٤٩﴾ ﴾ [فصلت: ٤٩] وقيل: التحويل يستعملُ في النقل من مكان وإثباته في مكان آخر، كما في حوالة الباذنجان، والنقل بدون الإثبات في مكانٍ آخر.

قوله: وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ، بأن غلب السَّيلَ على الأرض فبقيت تحت الماء، أو غصبَ دارًا فهدمت بآفةٍ سماويةٍ، أو جاء سيلٌ فذهبَ بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، وقال محمدٌ: يضمن.

قوله: لِتَحَقُّقِ إِثْبَاتِ اليَدِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ اليَدَيْنِ عَلَىٰ مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، هذا التعليلُ لقول محمد، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يتحققُ الغصب بإثبات اليد المبطلة، وتعليلُ قول محمد رحمه الله تعالىٰ علىٰ هذا الوجه يدلُّ علىٰ أن لا خلافَ بين عُلمائنا الثلاثة في حدِّ الغصب بأنه إزالة اليد المحققة وإثبات اليد المبطلة، لا كما ظنَّه البعض أنَّ حدَّه عند محمد إثبات يد العدوان كما قاله الشافعي رحمه الله تعالىٰ، إذ لو كان كذلك لاتفق جوابُهما في زوائد المغصوب.

مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ وَجُحُودِ الوَدِيعَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ المَالِكِ بِفِعْلٍ فِي العَيْنِ، وَهٰذَا لَا يُتَصَوَّرُ فِي العَقَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَالِكِ لَا تَزُولُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهِ عَنْهَا، وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لَا فِي العَقَارِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنِ المَوَاشِي. وَفِي المَنْقُولِ: النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الغَصْبُ. وَمَسْأَلَةُ الجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ، وَلَوْ سُلِّمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَرْكِ الحِفْظِ المُلْتَزَمِ وَبِالْجُحُودِ تَارِكٌ لِذٰلِكَ.

قوله: وَجُحُودِ الوَدِيعَةِ، أي في العقار، يعني إذا كان العقارُ وديعةً في يده فجحده كان ضامنًا بالاتفاق، فكذا بالغصب علىٰ ما يجيء.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنِ المَوَاشِي، فإن ذلك لا يكون غصبًا، حتّىٰ لو حبسَ المالكُ حتّىٰ تلفت مواشيه لا يضمنُ، كذا في المبسوط.

قوله: وَهُوَ الغَصْبُ، أي النقلُ هو الغصبُ، لأنَّ بذلك يتحققُّ إزالة يد المالك عن ذلك المنقول وإثبات يد الغاصب فيه فيتحققُ الغصب.

قوله: وَمَسْأَلَةُ الجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ، لأنه ذكر في المختلفات، أمَّا الوديعة لو كان عقارًا لا يضمن، وذكر في المبسوط: والأصحُّ أن يقول: جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبًا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم، أو لقصر يد صاحبه بالجحود، لأنَّ صاحبه لا يتوصل إلى الوديعة بعد جحوده، حتّىٰ إذا كانت الوديعة بساطًا لم ينقله وجَلَسَ عليه جاحدًا للوديعة لم يضمن، لأنه متىٰ كان ظاهرًا لم تصر يد صاحبه مقصورةً بالجحود بنفسه.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَالْعَقَارُ يُضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ تُرَابَهُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ فِي العَيْنِ وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ، فَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقَرَّ بِذٰلِكَ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ غَصْبَ البَائِعِ وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ فَهُوَ عَلَىٰ الِاخْتِلَافِ فِي الغَصْبِ هُوَ الصَّحِيحُ.

قوله: وَمَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وذلك بأن هدمَ شيئًا أو انْهَدم بسكناه لأنه متلفٌ لِمَا انْهَدم بفعله والعقارُ يضمن بالإتلاف لأنَّ الإتلاف يتحقَّقُ فيه، كما إذا نقل تُرابه لأنه فعلٌ في العين، وجاز أن لا يضمن بالغصب ويضمن بالإتلاف كالحرِّ.

قوله: وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ، أي فيما قاله القدوري في مختصره وهو قوله: وما نَقَصَ منه بفعله وسكناه.

قوله: إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ، بأن كان عمله الحدادة أو القصارةَ فوهىٰ جدار الدَّار بذلك وانْهَدم كان مضمونًا عليه، وإنَّما قيَّد الانْهِدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لأنه إذا انْهَدمت الدار بعد ما غصبها وسكنَ فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمانَ عليه في قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ الآخر، لأنَّ الغصبَ الموجب للضمان لا يتحققُ في العقار عندهما والحكمُ يبتني على السبب، كذا في غصب المبسوط.

قوله: وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ، إنَّما قيَّد به لأنه لو كان له بيِّنةٌ لا يضمنُ البائع بالاتفاق، لأنه قادرٌ علىٰ أن يقيم البينةَ علىٰ أنَّها ملكه ويأخذ الدارَ عن المشتري.

قوله: فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الغَصْبِ هُوَ الصَّحِيحُ، وذكر شمس الأئمة السرخسي

قَالَ: (وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ) ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ البَعْضَ

في المبسوط: فإن كان غاصبُ الدار باعها وسلمها ثمَّ أقرَّ بذلك وليسَ لربِّ الدار بينةٌ فإقراره في حقِّ المشتري باطلٌ، لأنَّ المشتري صار مالكًا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قولُ البائع بعد ذلك في إبطاله، ثمَّ لا ضمانَ على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ الآخر، لأنه مقرٌّ علىٰ نفسه بالغصب، فإنَّ البيع والتسليم غصبٌ والغصبُ الموجب للضَّمان عندهما لا يتحققُّ في العقار، وذكر محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في كتاب الرجوع عن الشهادات أنَّهم إذا شهدوا بدارٍ لإنسانٍ وقضى القاضي ثمَّ رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه، فقيل ذلك قول محمد رحمه الله تعالىٰ لأنَّ تسليطهم الغيرَ على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم إليه، وقيل بل هو قولهم، والفرقُ بين الفصلين لهما أنَّ الضمانَ الواجبَ بالشهادة ضمان إتلافٍ، فإنَّ إتلاف الملك على المشهود عليه قد حَصَل بشهادتِهم، حتَّىٰ لو أقامَ البينةَ على الملك لنفسه لا تقبل بينته، والعقار يضمنُ بالإتلاف وهنا إتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن إثبات ملكه بالبينة، ألا ترىٰ أنه لو أقامَ البينة علىٰ أنَّها ملكه قضي له بِها، فلهذا لا يكون الغاصب ضامنًا.

قوله: وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ، اختلفوا في تأويل نقصان الأرض، قال نصير بن يحيىٰ رحمه الله تعالىٰ: في نقصان الأرض أنه يُنظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها؟ فتفاوت ما بينهما نقصانُها، وقال محمد بن سلمة رحمه الله تعالىٰ: يُنظر بكم تشترىٰ قبل استعمالها وبكم تشترى بعد استعمالها؟ فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض، قيل: رَجع محمد بن سلمة رحمه الله إلىٰ قول نصير، كذا في الفصل الثالث من مزارعة التتمة، وفيه أيضًا: من زَرَعَ أرضَ الغير بغير إذنه وبغير عقد مزارعة هل لصاحب الأرض أن يُطالبه بحصة الأرض؟ قال شيخ الإسلام

فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ.

قَالَ: (وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ) وَسَنَذْكُرُ الوَجْهَ مِنَ الجَانِبَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ) وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: وَإِذَا هَلَكَ الغَصْبُ وَالْمَنْقُولُ هُوَ المُرَادُ لِمَا سَبَقَ أَنَّ الغَصْبَ فِيمَا يُنْقَلُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ العَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ. وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ القِيمَةُ

أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: نعم إن كان عرف أهل تلك القرية أنَّهم يزرعون أرضَ الغير علىٰ وجه المزارعة من غير عقدٍ وإذنٍ، وفي فتاوىٰ الفقيه أبي الليث: أنَّ الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه نقصان الأرض إن كانت الأرض قد انتقصت بسبب الزراعة.

قوله: فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ، وهو البذرُ وما أنفق وقدَّر ما غرم من النقصان، وصورته إذا غصبَ أرضًا وزرع فيها كَرًّا، فأخرجت أربعة أكرار ونقصتها الزراعة ما يبلغُ قيمة كَرٍّ ولحقه من المؤن ما يبلغ كَرًّا فأخذَ منه ضمانَ النقصان فإنه يتصدَّقُ بكَرٍّ، لأنه زرع كرٍّ أو لحقته مؤنة كرٍّ وضمن قدر قيمة كرٍّ ففضل الخارج عن رأس ماله بكرٍّ فتصدَّق به، لأنه ربح ما لم يملك، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: لا يتصدَّقُ به لأنَّ المنهيَّ ربح ما لم يضمن وهو قد ضَمِن.

قوله: وَسَنَذْكُرُ الوَجْهَ مِنَ الجَانِبَيْنِ، أي في هذا الفصل في مسئلة: ومن غصب عبدًا فاستغله فنقصته الغلة.

قوله: وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ القِيمَةُ، هذا علىٰ قول من يقول: بأنَّ الواجب

أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذٰلِكَ السَّبَبُ وَلِهٰذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الغَصْبِ. (وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ) ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ جَمِيعُ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَصْبِ، فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَان الغَصْبِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ الرَّغَبَاتِ دُونَ فَوْتِ

الأصلي في الغصب ردُّ العين.

قوله: أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذٰلِكَ السَّبَبُ، علىٰ قول من يقول بأنَّ الواجب الأصلي في الغصب هو القيمة وردُّ العين مخلصٌ.

قوله: وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ، أي إذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان، وسواءٌ كان ذلك النقصان في بدنه، بأن كانت جاريةً فاعْوَرّت، أو كانت شابةً فصارت عنده عجوزًا، أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها، أو لم يكن في بدنه، كما لو غصب عبدًا محترفًا فنسي ذلك عند الغاصب، أو كان قارئًا فنسي القرآن.

قوله: بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَان الغَصْبِ، وإنَّما قيَّد به لأنَّ تراجع السعر إذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيارُ بين أخذ القيمة وبين الانتظار إلى الذهاب إلىٰ ذلك المكان فيستردَّه، وفي الإيضاح: ولو غصبَ منه عينًا ثمَّ لقيه في بلدٍ آخر والعينُ في يده والقيمةُ في هذا مثلُ القيمة في مكان الغصب أو أكثرَ فللمغصوب منه أن يأخذها ولا يطالبُ بالقيمة، لأنه وصلَ إليه عينُ حقه من غير ضررٍ، وإن كان السعر في هذا المكان أقلَّ من السعر في مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار، إن شاء أخذ القيمة في هذا المكان وإن شاء انتظر، لأنه إذا أخذَ العينَ فقد وصلَ إليه عين ملكه مع ضررٍ يلحقه من قبل الغاصب وهو النقلُ إلى هذا المكان، فكان له أن لا يلتزم الضررَ ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظرَ، بخلاف ما إذا وجده في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقصَ السعرُ حيثُ لا

الجُزْءِ، وَبِخِلَافِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْدٍ. أَمَّا الغَصْبُ فَقَبْضٌ وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالفِعْلِ لَا بِالْعَقْدِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَمُرَادُهُ غَيْرُ الرِّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّات لَا يُمْكِنُهُ تَضْمِينُ النُّقْصَانِ مَعَ اسْتِرْدَادِ الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ الرِّبَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ) ؛ لِمَا بَيَّنَّا (وَيَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَهٰذَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا. وَعِنْدَهُ لَا يَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا أَجَّرَ المُسْتَعِيرُ المُسْتَعَارَ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ. أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا المِلْكُ؛ لِأَنَّ المَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا

يكون له خيارٌ، لأنَّ النقصانَ ما حصلَ بفعلٍ مضافٍ إلى الغاصب وإنَّما هو لمعنًى راجعٍ إلىٰ فتور رغبات الناس فلم يضمن.

قوله: وَبِخِلَافِ المَبِيعِ، فإنَّ المبيعة إذا اعْورَّت في يد البائع لا يجبُ شيء في مقابلته ولكن يُخيَّرُ المشتري بين أن يأخذها بكل الثمن أو يتركها، لأنه ضمان عقد والعقد يردُ على الأعيان لا على الأوصاف، أمَّا ضمانُ الغصب فمتعلِّقٌ بالفعل والفعل حلَّ الذات بجميع الأجزاء والأوصاف فكانت مضمونةً.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ - أي آجره وأخذ غلته - فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، أي العملُ في الإجارة.

قوله: فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ؛ لِمَا بَيَّنَّا، أرادَ به قوله: لأنه دَخَل جميعَ أجزائه في ضمانه بالغصب.

عِنْدَنَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِ الغَيْرِ، وَمَا هٰذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذِ الفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَىٰ وَصْفِ الأَصْلِ وَالمِلْكُ المُسْتَنِدُ نَاقِصٌ فَلَا يَنْعَدِمُ بِهِ الخَبَثُ. (فَلَوْ هَلَكَ العَبْدُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ حَتَّىٰ ضَمِنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ) ؛ لِأَنَّ الخَبَثَ لِأَجَلِ المَالِكِ، وَلِهٰذَا لَوْ أَدَّىٰ إِلَيْهِ يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الخَبَثُ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ المُشْتَرِي ثُمَّ أُسْتُحِقَّ

قوله: وَمَا هٰذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، كما إذا اشترىٰ جاريةً بيعًا فاسدًا وتقابضا وباعها وربح فيها تصدَّق بالربح لتمكُّن الخبث في الربح علىٰ ما مرَّ في فصل أحكام البيع الفاسد.

قوله: لِأَنَّ الخَبَثَ لِأَجَلِ المَالِكِ، هذا جوابُ سؤالٍ ذكر في المبسوط حيث قال: فإن قيل: القيمةُ دينٌ في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هيَ واجب التصدق لخبثها، ومن قضىٰ دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله؟ قلنا: نعم ولكن التصدق بِهذا لم يكن حتمًا عليه، ألا ترىٰ أنه لو أَسْلَم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناولَ ذلك وليسَ على الغاصب شيءٌ آخر فهو بما صنعَ يصيرُ مسلمًا إلى المالك ثمَّ يصير المالك مبرئًا عن ذلك القدر من القيمة لِمَا يقبضه فيزولُ الخبث بِهذا الطريق فلا يلزمه التصدق.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ المُشْتَرِي ثُمَّ أُسْتُحِقَّ، أي الغاصبُ باعَ المغصوبَ وأخذ ثمنه فاستهلكه وماتَ العبدُ عند المشتري يضمنُ المالك المشتري قيمته ورجعَ المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باستِرداد القيمة منه، ثمَّ لا يستعينُ الغاصبُ في أداء الثمن بالغلَّة لأنَّ الخبث في الغلة ما كان لحقِّ المشتري فلا يزولُ بالوصول إلىٰ يده، بخلاف الأول فإنَّ الخبث لحقِّ المالك فيزولُ بوصول العلة إلىٰ يده.

وَغَرِمَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الخَبَثَ مَا كَانَ لِحَقِّ المُشْتَرِي إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَىٰ حَاجَةِ نَفْسِهِ، فَلَوْ أَصَابَ مَالًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًّا وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا فَاشْتَرَىٰ بِهَا جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ، وَهٰذَا عِنْدَهُمَا) وَأَصْلُهُ أَنَّ الغَاصِبَ أَوِ المُودَعَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي المَغْصُوبِ أَوِ الوَدِيعَةِ وَرَبِحَ لَا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ عِنْدَهُمَا، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ وَجَوَابُهُمَا فِي الوَدِيعَةِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنِدُ المِلْكُ إِلَىٰ مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَكُنِ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ، ثُمَّ هٰذَا ظَاهِرٌ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ، أَمَّا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ كَالثَّمَنَيْنِ فَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ اشْتَرَىٰ بِهَا إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّ التَّصَدُّقَ

قوله: وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ، أي وقتَ استهلاك الثمن.

قوله: وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ، أي في مسئلة التي قبل هذا، وهيَ مسئلةُ من غصبَ عبدًا فاستغله فنقصته الغلة.

قوله: ثُمَّ هٰذَا ظَاهِرٌ، أي عدم طيب الربح.

قوله: فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ، كالعروض.

قوله: كَالثَّمَنَيْنِ، أي كالدَّراهم والدنانير.

إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشْتَرَىٰ بِهَا وَنَقَدَ مِنْهَا الثَّمَنَ. أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا أَوْ نَقَدَ مِنْهَا وَأَشَارَ إِلَىٰ غَيْرِهَا أَوْ أَطْلَقَ إِطْلَاقًا وَنَقَدَ مِنْهَا يَطِيبُ لَهُ، وَهَكَذَا قَالَ الكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّ الإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لَا تُفِيدُ التَّعْيِينَ لَا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحَقَّقَ الخَبَثُ. وَقَالَ مَشَايِخُنَا: لَا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ المُخْتَارُ لِإِطْلَاقِ الجَوَابِ فِي الجَامِعَيْنِ وَالْمُضَارَبَةِ. قَالَ: (وَإِنِ اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَوَهَبَهَا أَوْ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ) ، وَهٰذَا قَوْلُـهُمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ.

قوله: وَقَالَ مَشَايِخُنَا: لَا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ المُخْتَارُ لِإِطْلَاقِ الجَوَابِ فِي الجَامِعَيْنِ، والمبسوط، وحاصله أنه متىٰ استفادَ بالحرام ملكًا من طريق الحقيقة أو الشبهة ثبتَ الخبث، ولا يثبتُ في الدَّراهم إلا الشبهة لأنه إذا أشارَ لم يتعيَّن إلا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر، وإذا فقد استفادَ به سلامة المشتري، فإذا أشارَ ولم ينقد استفاد بالإشارة جواز العقد لمعرفة النقد أنه دينارٌ، أو جيِّدٌ أو رديءٌ والمقدار، وإذا نقدَ ولم يشر استفادَ بِها سلامة، فأمَّا أن يصير عنها عوضًا فلا، فثبتَ أنه لا يثبت إلا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث.

قوله: لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، لأنَّ الربح فضلٌ والفضلُ إنَّما يكون بعد المساواة والمساواة إنَّما تتحقَّقُ عند التجانس ولا تجانسَ فلا تساوي فلا فضلَ، ولأنَّ الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين إذ الإنسان لا يضمنُ بإتلاف ملك نفسه، ولا يمكنُ التصدق هنا إلا بواسطة التضمين ولا سبيلَ إلى التضمين فسقطَ أصلًا.

فَصْلٌ: [فِيْمَا يَتَغَيَّـرُ بِعَمَلِ الغَاصِبِ]

قَالَ: (وَإِذَا تَغَيَّرَتِ العَيْنُ المَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ حَتَّىٰ زَالَ اسْمُهَا وَعِظَمُ مَنَافِعُهَا زَالَ مِلْكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آنِيَةً) وَهٰذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -،

فصل فيما يتغيَّـرُ بعمل الغاصب

قوله: حَتَّىٰ زَالَ اسْمُهَا، احترازٌ عمَّا إذا غصبَ شاةً وذبحها، لأنه فاتَ أعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسمُ الشاة لأنه يقال: شاةٌ مذبوحةٌ.

قوله: وَعِظَمُ مَنَافِعُهَا، كما إذا غصبَ حنطةً وطحنها، لأنَّ المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهيَ جعلها بذرًا وهريسةً وكشكًا وغيرها.

قوله: زَالَ مِلْكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا، أي تجبُ القيمة في الشاة إذا طبخها وشواها على الغاصب وفي الحنطة المثل، ويزولُ ملك المغصوب منه علىٰ وجهٍ لو أبى المالك أخذ لقمة وأرادَ اللَّحم مشويًّا لم يكن له ذلك لأنَّ الملك قد زالَ، كذا في الإيضاح.

قوله: وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وفي الإيضاح: رُويَ عن

غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخْذَ الدَّقِيقِ لَا يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ الرِّبَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُضَمِّنُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ لٰكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ. لِلشَّافِعِيِّ أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ فَيَبْقَىٰ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَتَتْبَعُهُ الصَّنْعَةُ كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي الحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطُحِنَتْ. وَلَا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْعَدَمَ الفِعْلُ أَصْلًا وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ المَغْصُوبَةَ وَسَلَخَهَا وَأَرَّبَهَا. وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ

أبي يوسفَ ثلاث رواياتٍ: أحدها: مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، والثانية: أنَّ حقَّ المالك لا يسقطُ عنه ولكن ملكه يزولُ عنه ويباعُ له العين في دينه وهو أحقُّ به من جميع الغرماء إن ماتَ، وفي روايةٍ له أن يأخذ الدقيقَ ويبرئ الغاصب من ضمانه لأنه يؤدى إلى الربا، لأنَّ الدقيق عين الحنطة من وجهٍ فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن، وهذا لأنَّ عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في إحداث ما لم يكن موجودًا، وتفريقُ الأجزاء لا يبدل العينَ كالقطع في الثوب، والذبح والسلخ في الشاة، والدليلُ علىٰ بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة، فلمَّا ثَبتت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الحنطة، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئًا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأدائه إلى الربا، فكذلك ههنا.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ، جوابُ إشكالٍ مقدَّرٍ، وهو أن يُقال: فيما ذكرتَ من الاستشهاد لم يوجد فيه الفعلُ، وفي المتنازع وجد الفعلُ.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ، احترز به عن الحدوث.

صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ، أَلَا تَـرَىٰ أَنَّـهُ تَبَدَّلَ الِاسْمُ وَفَاتَ مُعْظَمُ المَقَاصِدِ وَحَقُّهُ فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَيَتَرَجَّحُ عَلَىٰ الأَصْلِ الَّذِي هُوَ فَائِتٌ مِنْ وَجْهٍ، وَلَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَحْظُورٌ، بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِحْدَاثُ الصَّنْعَةِ،

قوله: صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً، في الربوية منقودةً.

قوله: صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ، احتِرازٌ عمَّا إذا صبغَ الثوب المغصوب أصفر أو أحمر، فإنه لا ينقطعُ حقُّ المالك مع أنه أحدثَ صنعة متقومة ولكن لم يكن هالكًا من وجهٍ، ألا ترىٰ أنه لم يتبدل اسم الثوب ولم يفت أعظم المقاصد.

قوله: أَلَا تَـرَىٰ أَنَّـهُ تَبَدَّلَ الِاسْمُ وَفَاتَ مُعْظَمُ المَقَاصِدِ، فتبدُّل الاسم دليلٌ على المغايرة صورةً، وتبدُّل المقصود دليلٌ على المغايرة معنًى، وإذا ثبتَ المغايرة بينهما وقد ثبتَ الثانِي فيكون الأولُ مستهلكًا ضرورةَ أنَّ الشيء الواحدَ يستحيلُ أن يكون شيئين، فإذا هلك الأوَّلُ بفعله صار ضامنًا مثله والدقيقُ حادثٌ بفعله فيكون ملكًا له، والصنعة قائمةٌ بذاتِها من كل وجهٍ، والعينُ هالكةٌ من وجهٍ فصارت الصنعة راجحةً في الوجود، وترجُّح الأصل يرجعُ إلى الحال والرجحان في الذات أحقُّ من الحال، وأمَّا قولُ أبي يوسف جريانُ الربا بينهما دليلٌ علىٰ بقاء المجانسة فقلنا: بين الدقيق والحنطة شبهةٌ من حيث إنَّ عمل الطحن صورةٌ في تفريق الأجزاء وباب الربا مبنيٌّ على الاحتياط، فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرىٰ حكم الربا، بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة، فإنَّ بالذبح لا يفوتُ اسم العين يقال: شاةٌ مذبوحةٌ، فإن قيل: بالسلخ والتأريب يزولُ اسم الشاة فكان ينبغي أن ينقطعَ حقُّ المالك بعد التأريب؟ قلنا: بالذبح لا يفوتُ اسم العين يقال: شاةٌ مذبوحةٌ وشاةٌ حيَّةٌ، وبالسلخ والتأريب لا يفوتُ ما هو المقصود بالذبح،

بِخِلَافِ الشَّاةِ؛ لِأَنَّ اسْمَهَا بَاقٍ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلْخِ، وَهٰذَا الوَجْهُ يَشْمَلُ الفُصُولَ المَذْكُورَةَ وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَاحْفَظْهُ. وَقَوْلُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ لَهُ ذٰلِكَ وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ وَزُفَرَ، وَهٰكَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رَوَاهُ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ. وَوَجْهُهُ ثُبُوتُ المِلْكِ المُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي الشَّاةِ المَذْبُوحَةِ المَصْلِيَّةِ بِغَيْرِ رِضَاءِ صَاحِبِهَا أَطْعِمُوهَا الأَسَارَىٰ» أَفَادَ الأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ زَوَالَ مِلْكِ المَالِكِ وَحُرْمَةَ

بل تحقَّق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فبقيت مملوكةً لصاحبها.

قوله: وَهٰذَا الوَجْهُ يَشْمَلُ الفُصُولَ المَذْكُورَةَ، أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم علىٰ عدم انقطاع حقِّ المالك وبفوات الاسم على انقطاع حقِّ المالك شاملٌ لعامة فصول مسائل الغصب، فإنه إذا غَصَبَ دقيقًا فخبزه أو غزلًا فنَسَجَه أو قطنًا فغزَلَه أو سمسمًا فعَصَرَه ينقطع حقُّ المالك.

قوله: وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، فيه إشارةٌ إلىٰ أنه لا يحلُّ له الانتفاع بالقضاء وقد نصَّ في المبسوط أنه يحلُّ بالقضاء لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضا المالك عنده لأنه لا يقضي إلا بطلبه.

قوله: أَفَادَ الأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ زَوَالَ مِلْكِ المَالِكِ، رُويَ أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدمَ إليه شاةً مصليةً فأخذ منها لُقمةً فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال: إنَّها تخبِر أنَّها ذبحت بغير حقٍّ، فقال الأنصاريُّ: كانت شاة

الِانْتِفَاعِ لِلْغَاصِبِ قَبْلَ الإِرْضَاءِ، وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَةِ الِانْتِفَاعِ فَتْحُ بَابِ الغَصْبِ فَيَحْرُمُ قَبْلَ الإِرْضَاءِ حَسْمًا لِمَادَّةِ الفَسَادِ وَنَفَاذ بَيْعِهِ وَهِبَتِهِ مَعَ الحُرْمَةِ لِقِيَامِ المِلْكِ كَمَا فِي المِلْكِ الفَاسِدِ. وَإِذَا أَدَّىٰ البَدَلَ يُبَاحُ لَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ المَالِكِ صَارَ مُوَفًّىٰ بِالْبَدَلِ فَحَصَلَتْ مُبَادَلَةٌ بِالتَّرَاضِي، وَكَذٰلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدَّىٰ بِالْقَضَاءِ أَوْ ضَمِنَهُ الحَاكِمُ أَوْ ضَمِنَهُ المَالِكُ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِطَلَبِهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا أَوْ نَوَاةً فَغَرَسَهَا

أخي ولو كانت أعزَّ منها لم ينفس عليَّ بِها وسأرضيه ما هو خيرٌ منها إذا رَجَعَ، فقال عليه الصلاة والسلام: «أطعموها الأسارىٰ» فأمرُهُ بالتصدُّق بِها، بيانٌ منه أنَّ الغاصب مَلَكَها لأنَّ مالَ الغير يحفظُ عليه عينه إذا أمكنه وثمنه بعد البيع إذا تعذَّر عليه حِفْظُ عينه، وأنه لا يباحُ التناولُ للغاصب قبل الإرضاء، فإن قيل: إنَّما يتصدَّقُ عندكم بالربح لا بالأصل المضمون فيكون الحديثُ متروكُ الظاهر فلا يصحُّ الاحتجاج، قلنا: رُويَ عن محمَّدٍ رحمه الله تعالىٰ أنه يتصدَّقُ بالأصل فبقي الباقي علىٰ ظاهره وهو حرمة الانتفاع، كذا في الأسرار.

قوله: **أَوْ ضَمِنَهُ الحَاكِمُ**، يحتملُ أن يكون المغصوب منه من كان القاضي وليًّا له، أو أن يكون المراد منه قضىٰ بدليل قوله: **لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِطَلَبِهِ**، ومعنىٰ قوله: **أَوْ ضَمِنَهُ المَالِكُ**، أخذُ الضمان أو تراضيا علىٰ مقدارٍ من الضمان.

قوله: **وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا**، أي ملكها الغاصبُ عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله تعالىٰ.

غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ فِيهِمَا قَبْلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِقِيَامِ العَيْنِ فِيهِ مِنْ وَجْهٍ. وَفِي الحِنْطَةِ يَزْرَعُهَا لَا يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَيَأْخُذُهَا وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ، وَقَالَا: يَمْلِكُهَا الغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا) ؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ المَقَاصِدِ وَالتِّبْرُ لَا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَالْمَضْرُوبُ يَصْلُحُ لِذٰلِكَ. وَلَهُ أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ فِيهِمَا، أي في الحنطة التي زرعها والنواةُ التي غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجهٍ، إذ لم يبقَ عينٌ تعلَّق حقُّ المغصوب منه فيُباح الانتفاعُ، بخلاف غيرهما لقيام العين فيه من وجهٍ.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ المَقَاصِدِ، بيانٌ لقوله: صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ.

قوله: وَالتِّبْرُ لَا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ، بيانٌ لفوات بعض المقاصد وهو أنه كان قبل الكسر والصنعة سلعةً يتعيَّن بالتعيين وقد فاتَ هذا المعنىٰ.

أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ وَمَعْنَاهُ الأَصْلِيُّ الثَّمَنِيَّةُ وَكَوْنُهُ مَوْزُونًا وَأَنَّهُ بَاقٍ حَتَّىٰ يَجْرِيَ فِيهِ الرِّبَا بِاعْتِبَارِهِ وَصَلَاحِيَّتِهِ لِرَأْسِ المَالِ مِنْ أَحْكَامِ الصَّنْعَةِ دُونَ العَيْنِ، وَكَذَا الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهَا عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا.

قَالَ: (وَمِنْ غَصَبَ سَاجَةً فَبَنَىٰ عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الغَاصِبَ قِيمَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا، وَالْوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الِاسْمَ، أي اسم الذهب والفضة باقٍ.

قوله: حَتَّىٰ يَجْرِيَ فِيهِ الرِّبَا بِاعْتِبَارِهِ، أي باعتبار كونه موزونًا، وبه فارقَ الحديدَ والصفرَ، فإنَّ الصنعة هناك تخرجه من الوزن وأن يكون مال الربا، حتى لو باعَ قمقمةً بقمقمتين يدًا بيدٍ يجوز.

قوله: وَصَلَاحِيَّتِهِ لِرَأْسِ المَالِ مِنْ أَحْكَامِ الصَّنْعَةِ، أي صلاحيته بعد الضرب لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين، ولهذا نقول: ما لا يتفاوتُ من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدَّراهم والدنانير فلا تتبدل العينُ بالصنعة.

قوله: وَكَذَا الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا، أي ليست متقومةً في كلِّ الأحوال بل في بعضها إذا كسر إناء فضَّةٍ أو ذهبٍ يضمنُ قميته من خلاف جنسه، وإن وجده صاحبه مكسورًا ورضي به لم يكن له فضلٌ ما بين المكسور والصحيح.

قوله: سَاجَةً، بالجيم وهيَ الخشبة العظيمة جدًّا، والخشبة المنحوتة المهيَّأُ للأساس ونحوه، كذا في المغرب.

قوله: وَالْوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ، أي في أوَّل هذا الفصل في قوله: وإذا تغيَّرت

قَدَّمْنَاهُ. وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالْغَاصِبِ بِنَقْضِ بِنَائِهِ الحَاصِلِ مِنْ غَيْرِ خَلَفٍ، وَضَرَرُ المَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجْبُورٌ بِالْقِيمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ بِالْخَيْطِ المَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ أَوْ عَبْدَهُ أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ المَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ. ثُمَّ قَالَ الكَرْخِيُّ وَالْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرَ: إِنَّمَا لَا يُنْقَضُ إِذَا بَنَىٰ فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، مَا إِذَا بَنَىٰ عَلَىٰ نَفْسِ السَّاجَةِ يُنْقَضُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ. وَجَوَابُ الكِتَابِ يَرُدُّ

العين المغصوبة بفعل الغاصب.

قوله: وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ، أي ودليلٌ آخر في تعليل هذه المسئلة أنَّ فيما ذهبَ إليه إضرار الغاصب، يعني لا بدَّ في هذا من إلحاق الضرر بأحدهما، أمَّا في حقِّ الغاصب بنقض بنائه، وأمَّا في حقِّ المالك بانقطاع حقه عن الساجة وضرر المالك مجبورٌ بالقيمة وفيه ضرر نقل المالية من العين إلى القيمة بدون اختياره، إلا أنَّ في الإضرار بالغصب إهدارُ حقِّه، وفي قطع حقِّ المغصوب منه بضمان القيمة توفر الماليةِ ونقل حقه لا إهدار حقه، ودفعُ الضرر واجبٌ بحسب الإمكان فضرر النقل دون ضرر الإبطال.

قوله: إِذَا بَنَىٰ فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، بأن أدْخَل الساجة في وسط الجدار للإحكام لا للبناء عليه، كما في الأبواب والأبنية المرتفعة.

قوله: وَجَوَابُ الكِتَابِ يَرُدُّ ذٰلِكَ، حيثُ قال: لا ينقضُ البناءَ مطلقًا من غير تفصيل، ولأنه ذكر في الكتاب: وبنىٰ عليها، وذكر شمس الأئمة بعد تقرير ما قال الكرخيُّ وأبو جعفر: ولكن هذا ضعيفٌ، فقد ذكر محمد في كتاب الصرف أنه لو غَصَبَ نقرةً واتخذ منها عُروةً مرادةً انقطع حقُّ المالك عنها، وهو في هذا العمل هنا متعدٍّ لأنَّ عمله في ملك الغير فدلَّ أنه لا فرقَ بين أن يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه.

ذٰلِكَ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (وَمِنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ فَمَالِكُهَا بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، وَكَذَا الجَزُورُ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا) هٰذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَجْهُهُ أَنَّهُ إِتْلَافٌ مِنْ وَجْهٍ بِاعْتِبَارِ فَوْتِ بَعْضِ الأَغْرَاضِ مِنَ الحَمْلِ وَالدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَبَقَاءِ بَعْضِهَا وَهُوَ اللَّحْمُ فَصَارَ كَالْخَرْقِ الفَاحِشِ فِي الثَّوْبِ، وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا

قوله: وَهُوَ الأَصَحُّ، لأنه يغيِّرُ عمَّا كان عليه، لأنَّ الساجة قبل التركيب تصلحُ لطبخ القدور وأبواب الدور، وبعد التركيب لا تصلحُ لشيءٍ منها إلا بعد النقض، وقيام الشيء بمنافعها يكون فلمَّا فاتت منافعها من وجهٍ صارت هالكةً من وجه، ولأنَّها كانت نقليةً والآن صارت من العقار، ولهذا صارت تستحقُّ بالشفعة فيكون هالكًا من وجهٍ، فثبتَ أنه تغيَّر عما كان عليه والتغيرُ يوجب انقطاعُ حقِّ المالك.

قوله: وَكَذَا الجَزُورُ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا، هٰذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، واحتَرز به عمَّا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه لا يضمنه شيئًا في ذبح الشاة إذا أخذها، لأنَّ الذبحَ والسلخ في الشاة زيادةٌ من حيث التقريب إلى الانتفاع باللحم، وما ذكره في ظاهر الرواية أصحُّ لأنه نقصانٌ باعتبار تفويت بعض الأغراض.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا، أي الواجبُ ههنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعةٌ بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجهٍ، أمَّا إذا كان لما بقي قيمة فلهُ أن يمسكَ ويأخذ

لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ العَبْدِ المَمْلُوكِ حَيْثُ يَأْخُذُهُ مَعَ أَرْشِ المَقْطُوعِ؛ لِأَنَّ الآدَمِيَّ يَبْقَىٰ مُنْتَفَعًا بِهِ بَعْدَ قَطْعِ الطَّرَفِ.

قَالَ: (وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمِنَ نُقْصَانَهُ وَالثَّوْبُ لِمَالِكِهِ) ؛ لِأَنَّ العَيْنَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيَضْمَنُهُ (وَإِنْ خَرَقَ خَرْقًا كَبِيرًا يُبْطِلَ عَامَّةَ مَنَافِعِهِ فَلِمَالِكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ) ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ هٰذَا الوَجْهِ فَكَأَنَّهُ أَحْرَقَهُ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ يَتْرُكُ الثَّوْبَ عَلَيْهِ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ مِنْ وَجْهٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّ العَيْنَ بَاقٍ، وَكَذَا بَعْضُ المَنَافِعِ قَائِمٌ، ثُمَّ إِشَارَةُ الكِتَابِ إِلَىٰ أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِهِ عَامَّةُ المَنَافِعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ العَيْنِ وَجِنْسُ المَنْفَعَةِ

النقصانَ، وفي المنتقىٰ: روىٰ هشامٌ عن محمدٍ رحمهما الله تعالىٰ رجلٌ قَطَعَ يدَ حمارٍ أو رجله وكان لما بقي قيمةٌ فله أن يمسك ويأخذ النقصانَ، ثمَّ قال: فإن ذبحَ حمارَ إنسان ذبحًا فقال صاحبه إنِّي أضمنه النقصانَ ولا أسلم الجلدَ إليه، فإن كان لجلد الحمار ثمنٌ فله ذلك وإن قتله فليسَ له ذلك، قال هشامٌ: لأنَّ ذبحه بمنزلة الدباغ.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ العَيْنِ وَجِنْسُ المَنْفَعَةِ، اختلفَ المتأخِّرون في الحدِّ الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش، قال بعضهم: إن أوْجَبَ نقصان ربع القيمة فصاعدًا فهو فاحشٌ، وإن كان دون ذلك فهو يسيرٌ، وقال بعضهم: إن أوْجَبَ

وَيَبْقَىٰ بَعْضُ العَيْنِ وَبَعْضُ المَنْفَعَةِ، وَالْيَسِيرُ مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ المَنْفَعَةِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ النُّقْصَانُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا جَعَلَ فِي الأَصْلِ قَطْعَ الثَّوْبِ نُقْصَانًا فَاحِشًا وَالْفَائِتُ بِهِ بَعْضُ المَنَافِعِ.

نقصان نصف القيمة فهو فاحشٌ وما دونه يسيرٌ، وقال بعضهم: الفاحشُ ما لا يصلحُ بعده لثوبٍ ما واليسيرُ ما يصلح بعده لثوبٍ ما، وذكر في الأوضح: أنَّ الخرقَ الفاحشَ في المخيط أن يستنكفَ أوْسَاطَ الناس من لبسه مع ذلك الخرق، واليسير ضدُّه، وفي غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكنُ أن يخاطَ منه ما يشترىٰ لأجله إلا بدرزٍ مستبين في غير موضع الدرز، واليسير ضدُّه، وذكر في الخصائل: إن كان لا يخلُّ لمنفعة اللُّبس فهو يسيرٌ، وإن كان يخلُّ لمنفعة اللُّبس لكن يمكن إصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشًا، والصحيحُ أنَّ الفاحش ما يفوتُ به بعض العين وجنس المنفعة بأن كان يصلحُ للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلًا، وإنَّما يفوتُ به بعض العين من حيث الظاهر والغالب، إذ الظاهرُ أنَّ الثوب إذا قطعَ يفوت من أجزائه شيءٌ لا محالةَ ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما لا يفوت به شيءٌ من المنفعة، وإنَّما يدخل فيه النقصان لأنَّ محمدًا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانًا فاحشًا، والفائتُ به بعض المنافع في المبسوط، ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ في كتاب الغصب: إذا غصبَ الغاصبُ ثوبًا وقطعه قميصًا فقبل أن يخيطه جاء المالك، فهو بالخيار إن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان، وإن شاء تركَ الثوبَ عليه وضمنه جميع القيمة، والثوبُ بعد ما قطعَ قيمصًا بقي صالحًا للقميص وإن لم يبقَ صالحًا للقباء، والساقطُ من القيمة يكون أقلَّ من الربع أيضًا وقد اعتبره خرقًا فاحشًا حيث خيَّر المالك، فكان الصحيح من التحديد علىٰ ما قاله محمد رحمه الله تعالىٰ أن يقال بأنَّ الخرق الفاحش ما يفوتُ به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى العين وبعض المنفعة، واليسير من الخرق ما لا يفوتُ به شيءٌ من المنفعة

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَىٰ قِيلَ لَهُ: اقْلَعِ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَرُدَّهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» وَلِأَنَّ مِلْكَ صَاحِبِ الأَرْضِ بَاقٍ، فَإِنَّ الأَرْضَ لَمْ تَصِرْ مُسْتَهْلَكَةً وَالْغَصْبُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَلَا بُدَّ لِلْمِلْكِ مِنْ سَبَبٍ فَيُؤْمَرُ الشَّاغِلُ بِتَفْرِيغِهَا، كَمَا إِذَا شَغَلَ ظَرْفَ غَيْرِهِ بِطَعَامِهِ (فَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِ ذٰلِكَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ لَهُ قِيمَةَ البِنَاءِ وَالْغَرْسِ مَقْلُوعًا وَيَكُونَانِ لَهُ) ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهُمَا وَدُفِعَ الضَّرَرُ عَنْهُمَا. وَقَوْلُهُ قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا مَعْنَاهُ قِيمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، إِذْ لَا قَرَارَ

وإنَّما يدخلُ فيها نقصانٌ.

قوله: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ، بتنوين عرقٍ علىٰ وجه الصفة والموصوف، ذكر في المغرب: أي لذي عرقٍ ظالمٍ، وهو الذي يغرسُ في الأرض غرسًا ليستوجبها وصفُ العرق بالظلم الذي هو صفةُ صاحبه علىٰ هذا الوجه من المجاز حسن، وأوَّل الحديث فيما ذكره في الفائق والغُرينيين: «من أحيا أرضًا ميتةً فهيَ له وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ» ثمَّ قال هشام بن عُروة وهو أن يجيء الرجل إلىٰ أرضٍ قد أحياها رجلٌ قبله فغرسَ فيها غرسًا ليستوجبَ به الأرض، وفي الأوضح: أنه في بعض الروايات على الإضافة، أي لغرس شجرٍ ظالمٍ.

قوله: لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، أي لأنَّ حقَّ الغاصب في بناءٍ أو شجرٍ يُؤمر بقلعه إذ لا قرارَ له، ومعرفة قيمته مقلوعًا، أي مأمورًا بقلعه أن تقومَ الأرض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم، وليسَ فيها هذا الشجرُ ففضلُ ما بينهما هو قيمة الشجر المأمور مالكه بقلعه،

لَهُ فِيهِ فَتَقُومُ الأَرْضُ بِدُونِ الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ وَتَقُومُ وَبِهَا شَجَرٌ أَوْ بِنَاءٌ، لِصَاحِبِ الأَرْضِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُ لِلْغَاصِبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الثَّوْبِ: لِصَاحِبِهِ أَنْ يَمْسِكَهُ وَيَأْمُرَ الغَاصِبَ بِقَلْعِ الصَّبْغِ بِالْقَدْرِ المُمْكِنِ اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ بَنَىٰ فِيهَا؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمْكِنٌ، بِخِلَافِ السَّمْنِ فِي السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُتَعَذِّرٌ. وَلَنَا مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الجَانِبَيْنِ وَالْخِيَرَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ لِكَوْنِهِ صَاحِبَ الأَصْلِ، بِخِلَافِ السَّاحَةِ بَنَىٰ فِيهَا؛ لِأَنَّ النَّقْضَ لَهُ بَعْدَ النَّقْضِ؛ أَمَّا الصِّبْغُ فَيَتَلَاشَىٰ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا انْصَبَغَ بِهُبُوبِ الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ لَا جِنَايَةَ مِنْ صَاحِبِ الصَّبْغِ لِيَضْمَنَ الثَّوْبَ فَيَتَمَلَّكُ صَاحِبُ الأَصْلِ الصِّبْغَ. قَالَ أَبُو عِصْمَةَ

ثمَّ قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لأنَّ المؤنة لَحِقَت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك.

قوله: **لِأَنَّ النَّقْضَ لَهُ بَعْدَ النَّقْضِ**، أي الحاصلُ من البناء المنقوض كالخشب والآجر له أي للغاصب، أمَّا الصبغُ فيتلاشىٰ ولم يحصل للغاصب منه شيءٌ فلم يؤمر من الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوتُ حقه أصلًا.

قوله: **قَالَ أَبُو عِصْمَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ**، أي في قوله: ومن غصبَ

فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ: وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوْبِ بَاعَهُ وَيَضْرِبُ بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ وَصَاحِبُ الصَّبْغِ بِمَا زَادَ الصِّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَتَمَلَّكَ الصَّبْغَ بِالْقِيمَةِ، وَعِنْدَ امْتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ فِي البَيْعِ، وَيَتَأَتَّىٰ هٰذَا فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا لِوَجْهِ فِي السَّوِيقِ،

ثوبًا فصبغه أحمر، وإن شاء رب الثوب باعه.

قوله: بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ وَصَاحِبُ الثَّوْبِ بِمَا زَادَ الصِّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَتَمَلَّكَ الصَّبْغَ بِالْقِيمَةِ، وَعِنْدَ امْتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ فِي البَيْعِ، لأنه طريقُ اتصال حقِّ كل واحدٍ منهما إلىٰ صاحبه معنًى، ويضربُ بقيمة الأبيض وصاحب الصبغ بما زادَ الصبغ فيه، لأنه له أن لا يتملكَ الصبغَ بالقيمة، وعند امتناعه تعيَّن رعاية الجانبين في البيع، لأنه طريقُ إيصالِ حقِّ كلِّ واحد منهما إلىٰ صاحبه.

قوله: وَيَتَأَتَّىٰ هٰذَا فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، أي يتأتَّىٰ قولُ أبي عصمةَ فيما إذا انصبغَ الثوب بنفسه أيضًا، وقوله: فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، أظْهَر لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ علىٰ كرهٍ منه، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذُّر تضمينه جبرًا تعيَّن البيعُ طريقًا للوصول إلىٰ حقه إذا لم يرضَ صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة، فأمَّا في الغصب عند امتناع ربِّ الثوب عن تملُّك الصبغ لا يتعيَّنُ البيعُ طريقًا للوصول إلىٰ حقه لأنَّ له تضمينُ الغاصب بالثوب الأبيض.

قوله: وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا لِوَجْهِ فِي السَّوِيقِ، أي الجوابُ والتعليلُ في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ، أمَّا حكمه في الغصب فقد ذكر أنَّ صاحب السويق بالخيار إن شاء ضمَّنه مثل السويق وإن شاء أخذها وغرم السمن، وأمَّا حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل أحدٍ فقد ذكر في الإيضاح أنَّ السمن لو اختلط

غَيْرَ أَنَّ السَّوِيقَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ فَيَضْمَنُ مِثْلَهُ وَالثَّوْبُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الأَصْلِ: يَضْمَنُ قِيمَةَ السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ السَّوِيقَ يَتَفَاوَتُ بِالْقَلْيِ فَلَمْ يَبْقَ مِثْلِيًّا. وَقِيلَ الْمُرَادُ مِنْهُ الْمِثْلُ سَمَّاهُ بِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، وَالصُّفْرَةُ كَالْحُمْرَةِ. وَلَوْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ. وَقِيلَ هٰذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ. وَقِيلَ إِنْ كَانَ ثَوْبًا يُنْقِصُهُ السَّوَادُ فَهُوَ نُقْصَانٌ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا يُزِيدُ فِيهِ السَّوَادُ فَهُوَ كَالْحُمْرَةِ وَقَدْ عُرِفَ فِي غَيْرِ هٰذَا الْمَوْضِعِ. وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الحُمْرَةُ بِأَنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَتَرَاجَعَتْ بِالصَّبْغِ إِلَىٰ عِشْرِينَ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَىٰ ثَوْبٍ تُزِيدُ فِيهِ الحُمْرَةُ،

بالسويق كان السويقُ بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ، لأنَّ السويق أصله والسمن كالتابع لهُ فإنه يقال سويقٌ ملتوتٌ، وأمَّا العسلُ والسمنُ فكلاهما أصلان.

قوله: وَقِيلَ هٰذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ، فإنه أجابَ علىٰ ما شاهدَ في عصره من عادةِ بني أميةَ، فإنَّهم كانوا يمنعون عن لُبس السواد، وهُما أجابَا علىٰ ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلُبس السواد.

قوله: وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الحُمْرَةُ بِأَنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَتَرَاجَعَتْ بِالصَّبْغِ إِلَىٰ عِشْرِينَ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَىٰ ثَوْبٍ تُزِيدُ فِيهِ الحُمْرَةُ، فَإِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذُ - ربُّ الثوب - ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ، من الغاصب لأنَّ صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرةَ دراهم، واستوجب الصباغُ عليه

فَإِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذُ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّ إِحْدَىٰ الخَمْسَتَيْنِ جُبِرَتْ بِالصَّبْغِ.

قيمةَ الصبغ خمسة، فالخمسة بالخمسة قصاصٌ، ويرجعُ عليه بما بقي من النقصان وهو خمسةٌ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ
[مَسَائِل مُتَفَرِّقَة مُتَعَلِّقَة بِالغَصْب]

(وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهَا مَلَكَهَا) وَهٰذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الغَصْبَ عُدْوَانٌ مَحْضٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ كَمَا فِي المُدَبَّرِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَلَكَ البَدَلَ بِكَمَالِهِ، وَالْمُبَدَّلُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ مِنْ مِلْكٍ إِلَىٰ مِلْكٍ فَيَمْلِكُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، بِخِلَافِ المُدَبَّرِ

فصل
[مسائل متفرقة متعلقة بالغصب]

قوله: عُدْوَانٌ مَحْضٌ، أي ما فيه وجه إباحة فلا يصلح سببًا للملك لأنه حكمٌ مشروعٌ فيستدعي سببًا مشروعًا والتعدي لا يكون مشروعًا، لأنَّ أدنىٰ درجاته أن يكون مباحًا والتعدي لا يكون مباحًا وصار كغصب المدبر.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مَلَكَ البَدَلَ بِكَمَالِهِ، أي رقبةً ويدًا فوجبَ أن يزول ملكه عن المبدل إلىٰ ملك من وجبَ عليه البدلُ إذا كان المبدل محتملًا للنقل من ملكٍ إلىٰ ملكٍ دفعًا للضرر وتحقيقًا للبدل كما في سائر المبادلات، وهذا لأنَّ الضمان بدل العين حتَّىٰ يتقدَّر بقيمة العين والأصل في الضمان أن يجبَ بقدر ما فوَّتَ، لأنَّ العدل إنَّما يتحققُ بإيجابِ مثل الفائت، فإذا ثبتَ له الملكُ في البدل يدًا وذاتًا جعلناه مقابلًا بالأصل يدًا وذاتًا، فيزولُ ملكه عن المغصوب شرطًا لحكم شرعيٍّ وهو الضمان، لأنه شرع جبرًا ولا جبر مع بقاء الأصل علىٰ ملكه، إذ الجبر يعتمدُ الفواتَ وشرطُ الشيء تابعٌ له فصار حسنًا

لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ لِحَقِّ المُدَبَّرِ، نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ بِالْقَضَاءِ لَكِنَّ البَيْعَ بَعْدَهُ يُصَادِفُ القِنَّ.

قَالَ: (وَالْقَوْلُ فِي القِيمَةِ قَوْلُ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ المَالِكَ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ (إِلَّا أَنْ يُقِيمَ المَالِكُ البَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ) لِأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بِالْحُجَّةِ المُلْزِمَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ وَقَدْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ المَالِكِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا أَوْ بِنُكُولِ الغَاصِبِ عَنِ اليَمِينِ فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ وَهُوَ الغَاصِبُ) ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ لَهُ المِلْكُ بِسَبَبٍ اتَّصَلَ بِهِ رِضَا المَالِكِ حَيْثُ ادَّعَىٰ هٰذَا المِقْدَارَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ ضَمِنَهُ بِقَوْلِ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ

بحسنه، وإنَّما قبحَ لو كان الملكُ يثبت بالغصب.

قوله: نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ، إلخ، هذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: يمكن نقل المدبر أيضًا بأن باعه وخاصمه المشتري بالتسليم وقضى القاضي بذلك فإنَّ المشتري يأخذ المدبر، فأجابَ بأنَّ ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القنِّ، لأنه بفسخ القاضي يعود إلى الرقِّ.

قوله: إِلَّا أَنْ يُقِيمَ المَالِكُ البَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ، فإن لم يكن للمالك بينةٌ وجاء الغاصبُ ببينةٍ أنَّ قيمة المغصوب كذا، قال بعض مشايخنا: ينبغي أن يقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين، ألا ترىٰ أنَّ المودع إذا ادعَّىٰ ردَّ الوديعة يقبل قوله، ولو أقامَ

أَمْضَىٰ الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِهٰذَا المِقْدَارِ حَيْثُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَأَخَذَهُ دُونَهَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ. وَلَوْ ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلَ مَا ضَمَّنَهُ أَوْ دُونَهُ فِي هٰذَا الفَصْلِ الأَخِيرِ فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ حَيْثُ لَمْ يُعْطِ لَهُ مَا يَدَّعِيهِ وَالْخِيَارُ لِفَوَاتِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهُ فَقَدْ جَازَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ) لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا أَوْ ضَرُورَةً، وَلِهٰذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ دُونَ الأَوْلَادِ،

البينة علىٰ ذلك قبلت بينته، ومن المشايخ من فرَّق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسئلة، وهو الصحيح.

قوله: فِي هٰذَا الفَصْلِ الأَخِيرِ - أي فيما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه - فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ، أي فهو بالخيار إن شاءَ أمضى الضمان وإن شاءَ أخذ العين وردَّ العوض، وقال الكرخيُّ: لا خيارَ لهُ، لأنه يوفر عليه بدل ملكه بكماله، وجه ظاهر الرواية أنَّ الخيارَ لفوات الرضا ورضاه لم يتمَّ حيثُ لم يعطه ما يدعيه وجاز أن تكون قيمته مثلَ ما ضمنه عند المقوِّمين ولا تكون مثله عنده فلا يرضىٰ به بدلًا.

قوله: لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا، والثابتُ بطريق الاستناد ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ أو ضرورةٍ، إذ الدليلُ يأبىٰ ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانًا

وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُفُوذِ الْبَيْعِ دُونَ الْعِتْقِ كَمِلْكِ الْمُكَاتَبِ.

قَالَ: (وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، وَثَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَغْصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ إِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يُتَعَدَّىٰ فِيهَا أَوْ يَطْلُبَهَا مَالِكُهَا فَيَمْنَعُهَا إِيَّاهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: زَوَائِدُ الْمَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً لِوُجُودِ الْغَصْبِ، وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَىٰ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، كَمَا فِي الظَّبْيَةِ الْمُخْرَجَةِ مِنَ الْحَرَمِ إِذَا وَلَدَتْ

والملك نعمةٌ، وإنَّما ثبتَ الملكُ له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدلُ والمبدل في ملكٍ واحدٍ، والثابت ضرورةً ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ، ولهذا يظهرُ في حقِّ الأكساب دون الأولاد، لأنَّ الملك ثبت شرطًا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة، وهو بعد الانفصال ليسَ بتبعٍ فلا يثبتُ هذا الحكم فيه، بخلاف الكسب لأنه بدل المنفعة فيكون تبعًا محضًا، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواءٌ ثبتَ في المتبوع مقصودًا بسببه أو شرطًا لغيره، ولأنَّ ملك الكسب أسْرَعُ نفوذًا من ملك الولد بدليل أنَّ الغاصب إذا آجر المغصوبَ يملكُ الأجر ولو أولَد لا يملكُ والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب، فإنَّ المكاتب يملكُ البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه.

قوله: وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، كالسمن والجمال، أمَّا الأكساب الحاصلة باستغلال الغصب فهيَ ليست من قبيلِ نماء المغصوب، لأنه لا يستقيمُ فيه الاستثناء بقوله: إِلَّا أَنْ يُتَعَدَّىٰ فِيهَا أَوْ يَطْلُبَهَا صَاحِبُهَا فَيَمْنَعُهَا، لما ذكرنا أنَّ الغلة الحاصلة من الغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونةٍ عليه وإن استهلكها لِمَا أنَّها عوضٌ عن منافع المغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونةٍ عندنا فكذا بدلُها، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: زوائدُ المغصوب مضمونةٌ، متصلةٌ كانت كالسمن والجمال، أو منفصلةٌ كالولد

فِي يَدِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَىٰ مَالِ الغَيْرِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَ المَالِكِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَيَدُ المَالِكِ مَا كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَىٰ هٰذِهِ الزِّيَادَةِ حَتَّىٰ يُزِيلَهَا الغَاصِبُ، وَلَوْ اُعْتُبِرَتْ ثَابِتَةً عَلَىٰ الوَلَدِ لَا يُزِيلُهَا، إِذِ الظَّاهِرُ عَدَمُ المَنْعِ، حَتَّىٰ لَوْ مَنَعَ الوَلَدَ بَعْدَ طَلَبِهِ يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا تَعَدَّىٰ فِيهِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ: وَذٰلِكَ بِأَنْ أَتْلَفَهُ أَوْ ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وَفِي الظَّبْيَةِ المُخْرَجَةِ لَا يَضْمَنُ وَلَدَهَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الإِرْسَالِ لِعَدَمِ المَنْعِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا هَلَكَ

لوجود الغصب وهو إثبات اليد علىٰ مال الغير بغير رضاه، وَلَنَا أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَىٰ مَالِ الغَيْرِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَ المَالِكِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، أي في أوَّل الغصب بقوله: وفي الشريعة أخذُ مالٍ متقوم محترم بغير إذن المالك علىٰ وجهٍ يزيل يده، فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالىٰ في الزوائد مبنيًّا على الاختلاف في حدِّ الغصب.

قوله: وَلَوْ اُعْتُبِرَتْ - أي لو اعتبرت يد المالك - ثَابِتَةً عَلَى الوَلَدِ، تبعًا لملك الأمِّ فإنه ما أزالَ اليد التقديرية إذ الظاهرُ عدمُ المنع حتَّىٰ لو منعَ الولدَ بعد طلبه يضمنه.

قوله: أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وإنَّما ذكر التسليمَ لأنَّ التعدِّي لا يتحقَّقُ بمجرَّد البيع بل بالتسليم بعده، كما لو باعَ الوديعة وسلمها فإنه يكون ضامنًا، فإن قيل: فليسَ في البيع والتسليم تفويتُ يد المالك في الولد؟ قلنا: بل فيه تفويتُ يده لأنه كان متمكِّنًا من أخذه من الغاصب وقد زالَ ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنًا، كذا في المبسوط.

قوله: مِنَ الإِرْسَالِ، أي في الحرم.

بَعْدَهُ لِوُجُودِ المَنْعِ بَعْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ، عَلَىٰ هٰذَا أَكْثَرُ مَشَايِخِنَا. وَلَوْ أَطْلَقَ الجَوَابَ فَهُوَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَلِهٰذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، وَيَجِبُ بِالْإِعَانَةِ وَالْإِشَارَةِ، فَلَأَنْ يَجِبَ بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَىٰ مُسْتَحِقِّ الأَمْنِ أَوْلَىٰ وَأَحْرَىٰ.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَتِ الجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ فِي ضَمَانِ الغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ انْجَبَرَ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنِ الغَاصِبِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ

قوله: بَعْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ، لأنَّ الحقَّ في صيد الحرم للشرع والشرعُ يطالبه بردِّ الأصل مع ولده إلىٰ ما منه، فوجد المنعَ منه بعد الطلب وهو سببُ الضَّمان.

قوله: وَلَوْ أَطْلَقَ الجَوَابَ، أي لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية المخرجة من الحرم إذا هلكَ قبل التمكُّن من الإرسال في الحرم، وبعد التمكن من الإرسال فهو ضمان جناية، أي ضمان صيد الحرم ضمانُ إتلاف معنى الصيدية، لأنه بالحرم أمن صيدًا وذا في تنفره وبعده عن أيدينا، فإثبات اليد عليه يكون إتلافًا لمعنى الصيدية وقد تحقَّق ذلك في الولد بإثبات اليد عليه، فأمَّا الأموالُ فمحفوظةٌ بالأيدي فإنَّما يجبُ الضمانُ فيها بتفويت الأيدي لإثبات اليدِ عليها.

قوله: وَلِهٰذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، أي يتعدَّدُ بتعدد الجناية، كما إذا اشتركَ محرمان في قتل صيد الحرم فعلىٰ كلِّ واحد منهما الجزاءُ كاملًا، وقيل تكرار الجزاء بتكرار الجناية، وهو أنه لو أدَّى الضمانَ بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثمَّ أرسله في الحرم ثمَّ أَخْرَج

مِلْكُهُ فَلَا يَصْلُحُ جَابِرًا لِمِلْكِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبْيَةِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ أَوْ مَاتَتِ الأُمُّ وَبِالْوَلَدِ وَفَاءٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةِ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرِ غَيْرِهِ أَوْ خَصَىٰ عَبْدَ غَيْرِهِ أَوْ عَلَّمَهُ الحِرْفَةَ فَأَضْنَاهُ التَّعْلِيمُ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الوِلَادَةُ أَوِ العُلُوقُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَعِنْدَ ذٰلِكَ لَا يُعَدُّ نُقْصَانًا فَلَا يُوجِبُ

ذلك الصيد من الحرم يجبُ ضمانٌ آخر، ويحتملُ أن يكون معناه يتكرَّرُ وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هيَ الإخراج من الحرم.

قوله: كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبْيَةِ، فإنَّ نقصان الظبية المخرجة من الحرم لا ينجبرُ بالولد.

قوله: أَوْ - كما إذا - مَاتَتِ الأُمُّ، أي الأمة بالولادة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ ... هُوَ الوِلَادَةُ، لأنَّهَا أوْجَبت فواتَ جزء من مالية الأصل وحدوثُ مالية الولد، لأنه وإن كان موجودًا قبل الانفصال لم يكن مالًا حتى لم يجز بيعه وهبتُه، وإنَّما صار مالًا مقصودًا بالانفصال، وإذا اتَّحدَ سببُ الزيادة والنقصان امتنعَ ظهور النقصان فامتنعَ الضمانُ كالبيع، فإنه يزيلُ المبيعَ عن ملكه ويدخلُ الثمن في ملكه فلا يعدُّ نقصانًا، حتَّىٰ لو شَهَدَ شاهدان ببيع شيءٍ بمثل القيمة ثمَّ رجعا لم يضمنا شيئًا.

قوله: وَهُوَ الوِلَادَةُ أَوِ العُلُوقُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، أي عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ سبب النقصان الولادة، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ العلوقُ، ويظهر ذلك فيما إذا غصبَ جاريةً فحبلت عند الغاصب فردَّها فماتت بالولادة فعندهما لا يضمنُ، لأنَّ سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك، ويضمنُ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنَّ سببه العلوق وكان عند الغاصب، وقوله: عَلَىٰ مَا عُرِفَ، إشارةٌ إلىٰ هذا.

ضَمَانًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ نَبَتَتْ أَوْ قُطِعَتْ يَدُ المَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْشَهَا وَأَدَّاهُ مَعَ العَبْدِ يُحْتَسَبُ عَنْ نُقْصَانِ القَطْعِ، وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ، وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الأُمُّ. وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ أَنَّ الوِلَادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الأُمِّ،

قوله: وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ، أي ينجبِرُ نقصان الظبية بالولادة بقيمة الولد فلا يرد نقضًا، ولئن سُلِمَ فهذا الولدُ لا يصلحُ أن يكون خلفًا عن الجزء الفائت، لأنه مضمونٌ بنفسه فلم يجز أن يؤدي به ضمان غيره، بخلاف مسئلتنا.

قوله: وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الأُمُّ، يعني إذا ماتت الأمُّ بالولادة وبقيمة الولد وفاءً بنقصان الولادة ينجبِرُ في روايةٍ فلا يرد نقضًا.

قوله: وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ، أي تخريجُ الرواية الثانية في أنه لا ينجبِرُ، وهيَ ظاهر الرواية أنَّ الولادةَ ليست بسبب لموت الأمِّ غالبا فلم يتحد سبب الزيادة النقصانَ فلم ينجبر، وفي المبسوط: فإن ماتت الأمُّ بالولادة وبالولد وفاءً بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات، عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه يبرأ بردِّ الولد، لأنَّ وجوب الضمان على الغاصب لجبران حقِّ المغصوب منه وذلك حاصلٌ بالوفاء في قيمة الولد، وروىٰ أنه يجبَرُ بالولد قدرَ نقصان الولادة ويضمنُ ما زاد علىٰ ذلك من قيمة الأمِّ، لأنَّ الولادة لا توجبُ الموت والنقصانُ يكون بسبب الولادة، فأمَّا موت الأمِّ فلا يكون بسبب الولادة وردُّ القيمة كردِّ العين، ولو ردَّ عين الجارية كان النقصان منجبرًا بالولد فكذلك إذا ردَّ قيمتها، وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يومَ الغصب كاملةً، لأنه لمَّا ماتت تبيَّن أنَّ الولادةَ كانت موتًا من أصله، كالجرح إذا اتَّصلَ به زهوقُ الروح يكون قتلًا من أصله لا أن يكون جرحًا ثمَّ قتلًا بناءً عليه، ومن حيثُ إنَّ الولادةَ موتٌ لا تكون موجبةً للزيادة، وهذه الخلافة بحكم اتحاد

إِذِ الوِلَادَةُ لَا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ أَصْلِهِ لِلْبَرَاءَةِ، فَكَذَا لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ خَلَفِهِ، وَالْخِصَاءُ لَا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لِأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الفَسَقَةِ، وَلَا اتِّحَادَ فِي السَّبَبِ فِيمَا وَرَاءَ ذٰلِكَ مِنَ المَسَائِلِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ النُّقْصَانِ القَطْعُ وَالْجَزُّ، وَسَبَبَ الزِّيَادَةِ النُّمُوُّ، وَسَبَبَ النُّقْصَانِ التَّعْلِيمُ، وَالزِّيَادَةُ سَبَبُهَا الفَهْمُ.

السبب، فإذا انعدمَ هناكَ لم يكن الولدُ جابرًا للنقصان بالولادة.

قوله: إِذِ الوِلَادَةُ لَا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، ولا يُقال: أفضت في هذه الصورة فيكون سببًا، لأنا نقول: الأصلُ هو النظر إلىٰ أوْضاع أسباب التصرفات لا إلىٰ أفرادها، ألا ترىٰ أنَّ الصبيَّ لا يؤهل للطلاق والعتاق وإن تحقَّق النفعُ في صورةٍ، لأنَّهما في الأصل سببان للمضرَّة.

قوله: لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ أَصْلِهِ لِلْبَرَاءَةِ، يعني الواجبُ عليه ردُّ الأصل بالصفة التي أخذها وما ردَّها بتلك الصفة وإنَّما تكون تلكَ الصفة مع النقصان لو ردَّها مع الولد الذي هو خلفٌ عن النقصان، فإذا لم يرد الولدَ الذي هو خلفٌ عن النقصان لا يبرأ.

قوله: وَالْخِصَاءُ - الخصاءُ علىٰ فعالٍ هو الصحيح - لَا يُعَدُّ زِيَادَةً، أي في المالية لأنَّها إنَّما تتحقَّقُ لرغبة عامة الناس وهيَ ليست بمرغوبةٍ عند العامة وإنَّما هيَ رغبة بعض الجهال لظنهم أنَّ الخصي كالمحرم، ويظهرُ ذلك فيما إذا غصبَ غلامًا قيمته خمس مائة وخصاه فلمَّا برأ صار قيمته ألفًا، فصاحبه بالخيار إن شاءَ ضمنه قيمته خمس مائة يومَ خصاهُ وإن شاء أخذ الغلام ولا شيءَ له، فعُلم بِهذا أنه لا اعتبارَ لزيادة القيمة بسببِ الخصاء لأنه لو كان له اعتبارٌ لوجبَ على المالك ما زادَ الخصاء فيه إذا اختار الأخذ، كما في غصب الثوب وصبغه أحمر، وقول الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ ملكه لا ينجبر بملكه،

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَىٰ بِهَا فَحَبِلَتْ ثُمَّ رَدَّهَا وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ عَلِقَتْ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الحُرَّةِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الأَمَةِ أَيْضًا) لَهُمَا أَنَّ الرَّدَّ قَدْ صَحَّ، وَالْهَلَاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي يَدِ المَالِكِ وَهُوَ الوِلَادَةُ فَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ. كَمَا إِذَا حُمَّتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ. أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ البَائِعِ فَوَلَدَتْ عِنْدَ المُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ البَائِعِ بِالثَّمَنِ. وَلَهُ أَنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرُدَّتْ وَفِيهَا ذٰلِكَ فَلَمْ يُوجَدِ الرَّدُّ عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي أَخَذَ فَلَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَنَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ جِنَايَةً فَقُتِلَتْ بِهَا فِي يَدِ المَالِكِ، أَوْ دُفِعَتْ بِهَا بِأَنْ كَانَتِ الجِنَايَةُ خَطأً يُرْجَعُ عَلَىٰ الغَاصِبِ بِكُلِّ القِيمَةِ. كَذَا هٰذَا. بِخِلَافِ الحُرَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ لِيَبْقَىٰ ضَمَانُ الغَصْبِ بَعْدَ فَسَادِ الرَّدِّ. وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ الوَاجِبُ ابْتِدَاءً

قلنا: نحن نسعىٰ لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج إلى الجبر.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَىٰ بِهَا فَحَبِلَتْ ثُمَّ رَدَّهَا، أي ردَّها فتبيَّن أنَّها حُبلىٰ.

قوله: وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا، قيَّد بالموت في نفاسها ليكون الموتُ في أثر الولادة.

قوله: وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ الوَاجِبُ ابْتِدَاءُ التَّسْلِيمِ، هذا جوابٌ عن قولهما، وكمن اشترىٰ جاريةً قد حبلت عند البائع قيل هو ممنوعٌ، ولئن سُلِمَ فنقولُ: ليسَ على البائع

التَّسْلِيمِ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ وَالزِّنَا سَبَبٌ لِجَلْدٍ مُؤْلِمٍ لَا جَارِحٍ وَلَا مُتْلِفٍ فَلَمْ يُوجَدِ السَّبَبُ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

قَالَ: (وَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ ....

هناك الردُّ ولكن عليه التسليمُ، لأنه يسلمُ المبيع ابتداءً كما وقع عليه العقد وهو أنه مالٌ متقوم وقد وُجد ذلك لأنه سلمه كما وقع عليه العقد، لأنَّ العقدَ يرد على العين لا على الأوصاف، ولهذا لا يقابلها شيءٌ من الثمن، وبموتِها في النفاس لا ينعدمُ التسليم والواجبُ على الغاصب فسخ فعله، وذلك إنَّما يتحقَّق في الردِّ كما قبض لأنَّ الأوصافَ داخلةٌ في الغصب، ولهذا لو غصبَ جاريةً سمينةً فهزلت في يد الغاصب وردَّها كذلك فإنه يضمنُ النقصان، وإذا دخلت الأوْصَاف في الغصب يكون الردُّ بدونِها ردًّا فاسدًا.

قوله: **وَمَا ذَكَرْنَاهُ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ**، أي الردُّ على الوجه الذي أخذَ شرط صحة الردِّ حيث غصبها ولم يوجد فيها سببُ التلف وهو الحبل، ورُدَّت وفيها ذلك.

قوله: **وَالزِّنَا سَبَبٌ لِجَلْدٍ مُؤْلِمٍ**، أي الزنا الذي وُجد في يد الغاصب إنَّما يوجبُ الجلدَ المؤلم لا الجلد الجارح ولا المتلف، ولهذا يختارُ سوطًا لا ثمرةَ له، ولمَّا جلدت في يد المالك بجلد متلفٍ كان هذا غير ما وجبَ في يد الغاصب فلا يُضمنُ.

قوله: **فَلَمْ يُوجَدِ السَّبَبُ** - أي سبب التلف أو الجرح - **فِي يَدِ الغَاصِبِ**، ثمَّ لو وُجِد الجلدُ المتلف في يد المالك كان سببًا حادثًا حدثَ في يد المالك فلا يضمن الغاصبُ، وبخلاف الحمىٰ فإنَّ الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية، وذا لا يحصل بأول الحمىٰ عند الغاصب وهيَ غيرُ موجبةٍ لما كان بعده، أمَّا الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجبُ للأم الولادةَ، فما يحدث به يكون مضافًا إلى السبب الأول.

إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ فَيَغْرَمُ النُّقْصَانَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُهَا، فَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، وَلَا فَرْقَ فِي المَذْهَبَيْنِ بَيْنَ مَا إِذَا عَطَّلَهَا أَوْ سَكَنَهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، وَإِنْ عَطَّلَهَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ. لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ حَتَّىٰ تُضْمَنَ بِالْعُقُودِ فَكَذَا بِالْغُصُوبِ. وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَىٰ مِلْكِ الغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ إِذْ هِيَ

قوله: إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ، إنَّما ذكر الاستعمال لِمَا أنَّ الظاهر أنَّ النقصان إنَّما يحصلُ بالاستعمال، لأنَّ الغالبَ أنَّ الغاصبَ إنَّما يغصب للاستعمال.

قوله: وَلَا فَرْقَ فِي المَذْهَبَيْنِ بَيْنَ مَا إِذَا عَطَّلَهَا أَوْ سَكَنَهَا، أي في حقِّ الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ، وهذا لأنَّ المالَ اسمٌ لما هو غيرنا مخلوقٌ لمصالحنا والمنافعُ بِهذه الصفة ولهذا يصلحُ صداقًا والمشروعُ هو الانتفاع بالمال، ألا يرىٰ أنَّ الإجارةَ من التجارة وهيَ مبادلةُ مالٍ بمالٍ والمأذونُ والشريكُ يملك الإجارةَ ولا يملكُ مبادلة مالٍ بما ليسَ بمالٍ، والأعيان إنَّما كانت أموالًا باعتبار ما يتعلق بِها من المنافع، ولهذا تقلُّ مالية العين إذا قلَّ الانتفاعُ به، فإذا كانت الأعيانُ أموالًا باعتبار منافعها فلا تكون المنافعُ أموالًا بنفسها أوْلىٰ، وهيَ متقوِّمةٌ لأنَّ التقوُّم عبارةٌ عن العزَّة والمنافع عزيزةٌ عند الناس، ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها، ألا ترىٰ أنَّها تقوم الأعيان فاستحالَ أن لا تكون متقومةً بنفسها، ولأنَّ اعتياض المال عن المنفعة صحيحٌ شرعًا، والاعتياضُ عمَّا ليسَ بمتقومٍ لا يجوز كالخمر وحبَّةِ سِمْسِمٍ.

قوله: وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَىٰ مِلْكِ الغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ، أي في تصرُّفه، وهذا لأنَّها حدثت بفعله وكسبه فى يده، والكسبُ للكاسب لقوله عليه الصلاة

لَمْ تَكُنْ حَادِثَةً فِي يَدِ المَالِكِ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لَا تَبْقَىٰ فَيَمْلِكُهَا دَفْعًا لِحَاجَتِهِ، وَالْإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مِلْكَهُ، كَيْفَ وَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإِتْلَافُهَا؛ لِأَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهَا، وَلِأَنَّهَا لَا تُمَاثِلُ الأَعْيَانَ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا

والسلام: «كلُّ الناس أحقُّ بكسبه»، ولئن سلمنا حدوثها علىٰ ملك المالك فلا يتصوَّرُ غصبها واستهلاكها فلا يجبُ عليه ضمان الغصب والاستهلاك، لأنَّها أعراضٌ لا تبقىٰ، وما لا تبقىٰ لا يتصوَّرُ غصبه واستهلاكه وإتلافه، لأنَّ إتلاف الشيء أو غصبه إنَّما يردُ في حال بقائه، فلمَّا لم تكن المنافع باقيةً استحالَ إتلافها وغصبها، ولأنه إمَّا أن يرد عليها الإتلاف قبل الوجود أو في حال الوجود أو بعد الوجود، لا يجوز الأول لأنَّ إتلاف المعدوم محالٌ، ولا الثاني لأنه لو اعترَض على الوجود رفعه فإذا قارنه منعه ضرورةً، والإتلاف إبطالُ الوجود لا المنع من الوجود، ولا الثالث لأنَّها معدومةٌ في تلك الحال ولا يتصوَّرُ إتلاف المعدوم.

قوله: وَلِأَنَّهَا لَا تُمَاثِلُ الأَعْيَانَ، أي لا يمكنُ أن يضمنها لأنَّها لا تماثلُ الأعيانَ، لأنَّ المنافعَ أعراضٌ لا تبقىٰ وقتين والعينُ تبقىٰ أوقاتًا، وبين ما يبقىٰ وما لا يبقىٰ تفاوتٌ عظيمٌ، وضمان العدوان مبنيٌّ على المماثلة بالنصِّ والإجماع، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالىٰ: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورىٰ: ٤٠] ولهذا لا يضمن الجيد بالرديء، وما قالَ الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ المنافع أموالٌ متقومةٌ؟ قلنا: لا نسلم ذلك لأنَّ صفة المالية للشيء إنَّما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالإتلاف، لأنَّ الأكلَ والشربَ لا يسمَّىٰ تمولًا، لأنَّ المالَ اسمٌ لما هوَ مخلوقٌ لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة فالمنافعُ لا تبقىٰ وقتين لأنَّها أعراضٌ كما تخرجُ من حيز العدم إلى الوجود تتلاشىٰ فلا يتصوَّرُ فيها التمول، ولئن

وَبَقَاءِ الأَعْيَانِ، وَقَدْ عَرَفْتَ هٰذِهِ المَآخِذَ فِي المُخْتَلِفِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا، بَلْ تُقَوَّمُ ضَرُورَةً عِنْدَ وُرُودِ العَقْدِ وَلَمْ يُوجَدِ العَقْدُ، إِلَّا أَنَّ مَا أُنْتُقِصَ بِاسْتِعْمَالِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِاسْتِهْلَاكِهِ بَعْضَ أَجْزَاءِ العَيْنِ.

سلمنا أنَّ لها حكم المال ليسَ لها صفة التقوم لأنَّ التقومَ لا يسبق الوجودَ لأنَّ التقوم إنَّما يكون بعد الإحراز، ألا ترىٰ أنَّ الصيدَ والحشيشَ غير متقوم قبل الإحراز وإن كان عينًا، والإحرازُ بعدَ الوجود لا يتحقق فيما لا يبقىٰ وقتين فلا يكون متقومًا، وإنَّما يثبتُ حكم التقوم للمنفعة شرعًا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة، فبطلت المقايسة لأنَّ للرضا أثرًا في إيجاب الأصول والفصول جميعًا، فالمالُ يجبُ بالشرط مقابلًا بغير مالٍ، ويجوزُ بيع عبدٍ قيمته ألفٌ بألوفٍ وشيءٌ من ذلك لا يثبت بالعدوان، وكلُّ قياسٍ لا يقومُ إلَّا بوصفٍ به يقعُ الفرق بين الأصل والفرع فهو باطلٌ، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي غَصْبِ مَا لَا يَتَقَوَّمُ

قَالَ: (وَإِذَا أَتْلَفَ المُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خِنْزِيرَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا، فَإِنْ أَتْلَفَهُمَا لِمُسْلِمٍ لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَضْمَنُهَا لِلذِّمِّيِّ أَيْضًا وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا أَتْلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ أَوْ بَاعَهُمَا الذِّمِّيُّ مِنَ الذِّمِّيِّ. لَهُ أَنَّهُ سَقَطَ تَقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ فَكَذَا فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لَنَا فِي الأَحْكَامِ فَلَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهِمَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ. وَلَنَا أَنَّ التَّقْوِيمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذِ الخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ لَنَا

فصل في غصب ما لا يتقوَّم

قوله: إِذِ الخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ لَنَا، وهذا لأنَّ الخمرَ مالٌ متقوَّمٌ في حقِّ أهل الذمة، لأنَّها كانت متقومةً في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا، والأصلُ أنَّ ما ثبت يبقىٰ إلى أن يوجد المزيلُ، والمزيلُ وهو قوله تعالىٰ: ﴿رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] وُجِدَ في حقِّنا بدليل السياق والسباق، فبقي في حقِّ من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب علىٰ ما كان قبلُ، ولأنَّ حرمة العين وفساد التقوم ثبتا بخطاب الشرع وقد أمرنا أن نتركهم، وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب حيثُ لم يعتقدوا رسالةَ المبلغ، وانقطعت ولاية الإلزام بالسيف أو المحاجة لمكان عقد الذمة، فصار كأنَّ الخطاب غير نازلٍ في حقِّهم فبقي الحكم علىٰ ما كان.

وَالْخِنْزِيرُ لَهُمْ كَالشَّاةِ لَنَا. وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ فَيَتَعَذَّرُ الإِلْزَامُ، وَإِذَا بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضْمَنُهُ. بِخِلَافِ المَيْتَةِ وَالدَّمِ؛ لِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الأَدْيَانِ لَا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ تَجِبُ قِيمَةُ الخَمْرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ لِكَوْنِهِ إِعْزَازًا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتِ المُبَايَعَةُ بَيْنَ الذِّمِّيِّينَ؛ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا. وَهٰذَا بِخِلَافِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ المُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الِاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ، ....

قوله: بِخِلَافِ المَيْتَةِ وَالدَّمِ، والمرادُ بالميتة هيَ التي ماتت حتفَ أنفها، حتّىٰ لو ماتت بالضرب أو بالخنق يضمنه المسلمُ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، خلافًا لمحمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: بِخِلَافِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، فإنه يتعرَّضُ لهم في إبطال عقود الربا، لأنا لم نضمن لهم تركَ التعرض فى ذلك مع قول رسول الله عليه الصلاة والسلام: «ألا من أربىٰ فليسَ بيننا وبينه عهدٌ» وهذا لأنَّ ذلك فسقٌ منهم في الاعتقاد لا ديانةٌ فقد ثبتَ بالنصِّ حرمة الربا في اعتقادهم، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١].

قوله: وَبِخِلَافِ العَبْدِ المُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ - فإنه يُقتلُ - لِأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُ - أي للعبد المرتدِّ لهم - لِمَا فِيهِ مِنَ الِاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ.

وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْمُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ.

قَالَ: (فَإِنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَلِصَاحِبِ الخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذَ جِلْدَ المَيْتَةِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ) ، وَالْمُرَادُ بِالْفَصْلِ الأَوَّلِ إِذَا خَلَّلَهَا بِالنَّقْلِ مِنَ الشَّمْسِ إِلَىٰ الظِّلِّ وَمِنْهُ إِلَىٰ الشَّمْسِ، وَبِالْفَصْلِ الثَّانِي إِذَا دَبَغَهُ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ كَالْقَرَظِ وَالْعَفْصِ وَنَحْوِ ذٰلِكَ. وَالْفَرْقُ أَنَّ هٰذَا التَّخْلِيلَ تَطْهِيرٌ لَهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ النَّجِسِ فَيَبْقَىٰ عَلَىٰ مِلْكِهِ إِذْ لَا تَثْبُتُ المَالِيَّةُ بِهِ وَبِهٰذَا الدِّبَاغِ اتَّصَلَ بِالْجِلْدِ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ لِلْغَاصِبِ كَالصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ

قوله: وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ، وهو الشافعي رحمه الله تعالىٰ ومن تابعه، يعني لو أتلفَ متروك التسمية عمدًا علىٰ قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ لا يضمنُ، فإنَّ ولاية الإلزم بالمحاجة والدليلُ ثابتة، وقد ثَبَتَ لنا بالنصِّ أنَّ متروك التسمية عمدًا حرامٌ ليسَ بمالٍ، فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان.

قوله: وَالْفَرْقُ أَنَّ هٰذَا التَّخْلِيلَ تَطْهِيرٌ لَهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ النَّجِسِ فَيَبْقَىٰ عَلَىٰ مِلْكِهِ، وهذا لأنَّ نجاسة الخمر قابلة للزوال لأنَّها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقومَ بِها شيءٌ من ملكه فصار التخليل كغسل الثوب النجس، ومن غَصَب ثوبًا نجسًا وطهره لا يزولُ الثوب عن ملك المالك به كذا هنا، وَبِهٰذَا الدِّبَاغِ اتَّصَلَ بِالْجِلْدِ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ لِلْغَاصِبِ، أي بالدباغ بما له قيمةٌ.

فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ فَلِهٰذَا يَأْخُذُ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذُ الجِلْدَ وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ. وَبَيَانُهُ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَىٰ قِيمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوغٍ، وَإِلَىٰ قِيمَتِهِ مَدْبُوغًا فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الحَبْسِ فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَهْلَكَهُمَا ضَمِنَ الخَلَّ وَلَمْ يَضْمَنِ الجِلْدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ الجِلْدَ مَدْبُوغًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ) وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَضْمَنُهُ بِالْإِجْمَاعِ. أَمَّا الخَلُّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ ضَمِنَهُ بِالْإِتْلَافِ، يَجِبُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ الخَلَّ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. وَأَمَّا الجِلْدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِ المَالِكِ حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فَيَضْمَنُهُ مَدْبُوغًا بِالِاسْتِهْلَاكِ وَيُعْطِيهِ

قوله: وَبَيَانُهُ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَىٰ قِيمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوغٍ، لأنه لا يكون لجلد الميتة قيمةٌ فيقوّم ذكيًّا لذلك، قال القدوري: إنَّما يكون لصاحب الجلد إذا أخذ الدَّباغُ الجلدَ من منزله، فأمَّا إذا لقي صاحبه في الطريق فأخذ رجلٌ جلدها ودبغه فليسَ للمالك أن يأخذ الجلد، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: له أن يأخذ في هذه الصورة أيضًا، كذا في الذخيرة.

قوله: أَمَّا الخَلُّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ، لأنَّ العصيرَ كان مالًا متقومًا له، فإذا صار خمرًا صار غير متقومٍ، ولكونه غير متقوِّم لا يزولُ ملكه عنه، ولهذا لو غصبَ خمرَ إنسان فللمالك أن يستردها، فعُلِم أنَّ الملكَ لا يفتقر إلى التقوم، فإذا زالت صفة النجاسة عادَ متقومًا كما كانت، لا أنَّ التقوم يثبت الآن.

المَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا إِذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ وَيَضْمَنُهُ وَيُعْطِيه المَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، فَإِذَا فَوَّتَهُ عَلَيْهِ خَلَّفَهُ قِيمَتَهُ كَمَا فِي المُسْتَعَارِ. وَبِهٰذَا فَارَقَ الهَلَاكُ بِنَفْسِهِ. وَقَوْلُـهُمَا يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَىٰ اخْتِلَافِ الجِنْسِ. أَمَّا عِنْدَ اتِّحَادِهِ فَيَطْرَحُ عَنْهُ ذٰلِكَ القَدْرَ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ البَاقِي لِعَدَمِ الفَائِدَةِ فِي الأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ. وَلَهُ أَنَّ التَّقَوُّمَ حَصَلَ بِصُنْعِ الغَاصِبِ وَصَنْعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لِاسْتِعْمَالِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلِهٰذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ فَكَانَ حَقًّا لَهُ وَالْجِلْدُ تَبَعٌ لَهُ فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّابِعُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ، بِخِلَافِ وُجُوبِ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتْبَعُ المِلْكَ، وَالْجِلْدُ غَيْرُ تَابِعٍ لِلصَّنْعَةِ فِي حَقِّ المِلْكِ لِثُبُوتِهِ قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ الذَّكِيِّ وَالثَّوْبِ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدَّبْغِ وَالصَّبْغِ فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِلصَّنْعَةِ، وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ المَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَىٰ الغَاصِبِ فِي هٰذَا الوَجْهِ وَيُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ؛

قوله: وَقَوْلُـهُمَا يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى اخْتِلَافِ الجِنْسِ، بأن قضىٰ لأحدهما بالدَّراهم وللآخر بالدنانير، إذ القاضي يقضي بما يشترىٰ به في الأسواق ويُباع.

قوله: فَأَرَادَ المَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى الغَاصِبِ فِي هٰذَا الوَجْهِ، أي فيما إذا دبغه

لِأَنَّ الجِلْدَ لَا قِيمَةَ لَهُ، بِخِلَافِ صَبْغِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ قِيمَةً. وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ عَجَزَ الغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ، وَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ. ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي الِاسْتِهْلَاكِ. وَقِيلَ يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ ذَكِيٍّ غَيْرِ مَدْبُوغٍ، وَلَوْ دَبَغَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ كَالتُّرَابِ وَالشَّمْسِ فَهُوَ لِمَالِكِهِ بِلَا شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ. وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الغَاصِبُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا. وَقِيلَ طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبُوغٍ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الدِّبَاغَةِ هُوَ الَّذِي حَصَّلَهُ فَلَا يَضْمَنُهُ. وَجْهُ الأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُونَ أَنَّ صِفَةَ الدِّبَاغَةِ تَابِعَةٌ لِلْجِلْدِ فَلَا تُفْرَدُ عَنْهُ، وَإِذَا صَارَ الأَصْلُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَكَذَا صِفَتُهُ،

بما له قيمةٌ.

قوله: بِخِلَافِ صَبْغِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ قِيمَةً، أي للثوب قيمةٌ.

قوله: لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ - أي لم يأخذه بردِّ قيمة الدباغ إليه وضمنه قيمة الجلد الذكيِّ - عَجَزَ الغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ.

قوله: ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ، أي علىٰ قولهما، لأنَّ الكلامَ فيما إذا دبغه بشيءٍ له قيمةٌ، وفيه التضمين عندهما.

قوله: كَمَا فِي الِاسْتِهْلَاكِ، يعني مسئلة الاستهلاك التي تقدَّم ذكرها أنَّ عنده لا يضمنُ، وعندهما يضمن.

وَلَوْ خَلَّلَ الخَمْرَ بِإِلْقَاءِ المِلْحِ فِيهِ قَالُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ. وَعِنْدَهُمَا أَخَذَهُ المَالِكُ وَأَعْطَىٰ مَا زَادَ المِلْحُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَبْغِ الجِلْدِ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا أَنْ يُعْطِيَ مِثْلَ وَزْنِ المِلْحِ مِنَ الخَلِّ، وَإِنْ أَرَادَ المَالِكُ تَرْكَهُ عَلَيْهِ وَتَضْمِينَهُ فَهُوَ عَلَىٰ مَا قِيلَ. وَقِيلَ فِي دَبْغِ الجِلْدِ وَلَوِ اسْتَهْلَكَهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا كَمَا فِي دَبْغِ الجِلْدِ، وَلَوْ خَلَّلَهَا بِإِلْقَاءِ الخَلِّ فِيهِمَا، فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِنْ صَارَ خَلًّا مِنْ سَاعَتِهِ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَإِنْ لَمْ تَصِرْ خَلًّا إِلَّا بَعْدَ زَمَانٍ بِأَنْ كَانَ المُلْقَىٰ فِيهِ خَلًّا قَلِيلًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا

قوله: قَالُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ، لأنه استهلاكٌ.

قوله: فَهُوَ عَلَىٰ مَا قِيلَ. وَقِيلَ - أي على القولين المذكورين - فِي دَبْغِ الجِلْدِ، وهو ما ذُكر قبل هذا بقوله: ولو كان قائمًا، فأرادَ المالكَ أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته، قيل: ليسَ له ذلك، وقيل: ليسَ له في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما له ذلك، ولو خلَّلها بإلقاء الخلِّ فيه فعن محمد رحمه الله تعالىٰ إن صارت خلًّا من ساعته يصير ملكًا للغاصب ولا شيءَ عليه، لأنه استهلاكٌ، لأنَّ الاستهلاك من العباد عبارةٌ عن فعلٍ لا يصلُ المالك إلىٰ عينِ حقه بواسطة ذلك الفعل، لأنَّ إعدام الذوات ليسَ في قدرة البَشر، ولا كذلك إذا تخلَّلت بعد ساعته لأنَّها بالإلقاء لم تصر مستهلكةً لبقائها علىٰ حالها.

عَلَىٰ قَدْرِ كِلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ خَلْطَ الخَلِّ بِالْخَلِّ فِي التَّقْدِيرِ وَهُوَ عَلَىٰ أَصْلِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الوَجْهَيْنِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الخَلْطِ اسْتِهْلَاكٌ عِنْدَهُ، وَلَا ضَمَانَ فِي الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا. وَيَضْمَنُ فِي الوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ. وَبَعْضُ المَشَايِخِ أَجْرَوْا جَوَابَ الكِتَابِ عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ؛ لِأَنَّ المُلْقَىٰ فِيهِ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوَّمًا. وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ المَشَايِخِ وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي.

قَالَ: (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرْبَطًا أَوْ طَبْلًا أَوْ مِزْمَارًا أَوْ دُفًّا أَوْ أَرَاقَ لَهُ

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لَا يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ - أي فيما إذا صار خلًّا من ساعته - لِمَا بَيَّنَّا، أي أنه يصير ملكًا للغاصب.

قوله: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، أي فيما إذا صار خلًّا بإلقاء الملح، أو بإلقاء الخلِّ من ساعته أو بعد زمانٍ.

قوله: وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ المَشَايِخِ، بعضهم قالوا: المخلوطُ ههنا مشتركٌ بالإجماع، لأنَّ عنده إنَّما ينقطعُ حقُّ المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط، كالمكيل والموزون إذا غصبه وخلطَ بمثله من ملك نفسه، فإذا لم يكن مضمونًا عليه لا ينقطعُ، ووجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركًا كالمكيل إذا اختلطَ بنفسه بمكيلٍ آخره لغيره.

سَكَرًا أَوْ مُنَصَّفًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَبَيْعُ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ جَائِزٌ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا. وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي الدُّفِّ وَالطَّبْلِ الَّذِي يُضْرَبُ لِلَّهْوِ. فَأَمَّا طَبْلُ الغُزَاةِ وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَرْبُهُ فِي العُرْسِ يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ. وَقِيلَ الفَتْوَىٰ فِي الضَّمَانِ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا. وَالسَّكَرُ: اسْمٌ لِلنِّيءِ مِنْ مَاءِ الرُّطَبِ إِذَا اشْتَدَّ. وَالْمُنَصَّفُ: مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ. وَفِي المَطْبُوخِ أَدْنَىٰ طَبْخَةٍ وَهُوَ البَاذَقُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رِوَايَتَانِ فِي التَّضْمِينِ وَالْبَيْعِ. لَهُمَا أَنَّ هٰذِهِ الأَشْيَاءَ أُعِدَّتْ لِلْمَعْصِيَةِ فَبَطَلَ تَقَوُّمُهَا كَالْخَمْرِ، وَلِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ آمِرًا بِالْمَعْرُوفِ وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا إِذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الإِمَامِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا أَمْوَالٌ لِصَلَاحِيَّتِهَا لِمَا يَحِلُّ مِنْ وُجُوهِ الِانْتِفَاعِ وَإِنْ صَلُحَتْ لِمَا لَا يَحِلُّ فَصَارَ كَالْأَمَةِ المُغَنِّيَةِ. وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الفَسَادَ بِفِعْلِ فَاعِلٍ

قوله: وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ، قال عليه الصلاة والسلام: «بُعثتُ لكسر المزامير وقتل الخنازير» وقال: «إذا رأىٰ أحدُكم منكرًا فلينكر بيده، وإن لم يستطع فبلسانه، وإن لم يستطع فبقلبه».

قوله: كَمَا إِذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الإِمَامِ، يعني لو فعلَ بأمر نائب الشرع وهو الإمام لا يضمنُ، فإذا فعله بأمر الشرع أَوْلىٰ، وعن شُريح رحمه الله تعالىٰ: أنَّ رجلين اختصما إليه في طنبورٍ فلم يلتفت إليهما حتى قاما من عنده، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لو كنتُ

مُخْتَارٍ فَلَا يُوجِبُ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ، وَجَوَازُ البَيْعِ وَالتَّضْمِينِ مُرَتَّبَانِ عَلَىٰ المَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ وَالأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ بِالْيَدِ إِلَىٰ الأُمَرَاءِ لِقُدْرَتِهِمْ وَبِاللِّسَانِ إِلَىٰ غَيْرِهِمْ، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا غَيْرُ صَالِحَةٍ لِلَّهْوِ كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُغَنِّيَةِ وَالْكَبْشِ النَّطُوحِ وَالْحَمَامَةِ الطَّيَّارَةِ وَالدِّيْكِ المُقَاتِلِ وَالْعَبْدِ الخَصِيِّ تَجِبُ القِيمَةُ غَيْرُ صَالِحَةٍ لِهٰذِهِ الأُمُورِ، كَذَا هٰذَا، وَفِي السَّكَرِ وَالْمُنَصَّفِ تَجِبُ قِيمَتُهُمَا، وَلَا يَجِبُ المِثْلُ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمَلُّكِ عَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ لَوْ فَعَلَ جَازَ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَ عَلَىٰ نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا حَيْثُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا؛ لِأَنَّهُ مُقَرٌّ عَلَىٰ ذٰلِكَ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ مُدَبَّرَةً فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَ قِيمَةَ المُدَبَّرَةِ وَلَا يَضْمَنُ قِيمَةَ أُمِّ الوَلَدِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ قِيمَتَهُمَا؛ لِأَنَّ مَالِيَّةَ المُدَبَّرَةِ مُتَقَوَّمَةٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوَّمَةٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوَّمَةٌ، وَالدَّلَائِلُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ العَتَاقِ مِنْ هٰذَا الكِتَابِ.

أنا، فإن كانت خصومتهما وهو في أيديهما أو في يد أحدهما كسرته وعزرتُهما، وإن كسره أحدهما والآخر يطلبُ الضمان ضربتُ الذي كسره جبرًا وأوجعتُ الآخر عقوبةً، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * *

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

الشُّفْعَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الشَّفْعِ وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بِهَا لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ الْمُشْتَرَاةِ إِلَىٰ عَقَارِ الشَّفِيعِ.

قَالَ: (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ المَبِيعِ ثُمَّ لِلْخَلِيطِ فِي حَقِّ المَبِيعِ كَالشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ ثُمَّ لِلْجَارِ) أَفَادَ هٰذَا اللَّفْظُ ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰؤُلَاءِ وَأَفَادَ التَّرْتِيبَ، أَمَّا الثُّبُوتُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشُّفْعَةُ لِشَرِيكٍ لَمْ يُقَاسِمْ» وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالْأَرْضِ، يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا

كتاب الشفعة

هيَ تملُّكُ البقعة بما قامَ على المشتري بالشركة أو الجوار، وهيَ: مُشْتَقَّةٌ مِنَ الشَّفْعِ وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بِهَا لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ الْمُشْتَرَاةِ إِلَىٰ عَقَارِ الشَّفِيعِ.

قوله: يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، فإن قيل: المراد به أحقُّ بِهَا عرضًا عليه البيع، ألا ترىٰ أنه فسَّر الحقَّ بالإنظار إذا كان غائبًا؟ قلنا: إنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام جعله أحقَّ على الإطلاق فيكون أحقَّ بِها قبل البيع وبعده، وقوله: يَنْتَظِرُ، تفسيرٌ لِمَا انتظمه كلمة أحقَّ.

وَاحِدًا» وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللهِ مَا سَقَبُهُ؟ قَالَ شُفْعَتُهُ» وَيُرْوَىٰ «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ». وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا شُفْعَةَ بِالْجِوَارِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ» وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ سُنَنِ القِيَاسِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَمَلُّكِ المَالِ عَلَىٰ الغَيْرِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، وَهٰذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الأَصْلِ دُونَ الفَرْعِ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مِلْكَهُ

قوله: إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا، المراد به جارٍ هو شريكٌ في الطريق ويثبتُ الحكم في الشرب دلالةً، لأنَّ الشفعة إنَّما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت في الشرب، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا شفعةَ بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعةَ» وهذا يقتضي أنَّ جنس الشفعة فيما لم يقسم إذ الألفُ واللَّام للجنس لعدم المعهود، والدليلُ عليه أنه قال في روايةٍ: إنَّما الشفعةُ فيما لم يقسم، و «إنَّما» لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عمَّا عداه.

قوله: وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ، أي جعل لكل قسمٍ طريقٍ علىٰ حدةً.

قوله: لِأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الأَصْلِ - أي في فصل الشركة - دُونَ الفَرْعِ، وهو الجوار.

قوله: وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، أرادَ به قوله عليه الصلاة والسلام: «الجارُ أحقُّ بسقبه» وفيما روىٰ بيان أنَّ للشريك شفعةً، وتخصيصُ الشيء بالذكر لا يدلُّ علىٰ نفي الحكم فيما عداه، و «إنَّما» قد يقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور، قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌ﴾ [الرعد: ٧] وآخرُ الحديث ليسَ بثابتٍ، ولئن ثبتَ فالمراد به نفيُ الشفعة

مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالَ تَأْبِيدٍ وَقَرَارٍ فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ وُجُودِ الْمُعَاوَضَةِ بِالْمَالِ اعْتِبَارًا بِمَوْرِدِ الشَّرْعِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الِاتِّصَالَ عَلَىٰ هٰذِهِ الصِّفَةِ إِنَّمَا انْتَصَبَ سَبَبًا فِيهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ، إِذْ هُوَ مَادَّةُ المَضَارِّ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَقَطْعُ هٰذِهِ المَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الأَصْلِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَىٰ، ....

الثابتة بسبب الشركة عملًا بما روينا، أو معناه: فلا شفعةَ بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق، فكان الموضعُ موضع إشكالٍ، لأنَّ في القسمة معنى المبادلة، ورُبَّما يشكلُ أنه هل يستحقُّ بها الشفعة، فبيَّن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه لا يستحقُّ الشفعةَ بالقسمة، ولا يلزم الجارَ المقابلَ لأنَّ الضرر هناك ليسَ بسبب اتصال الملك فلا يستحقُّ دفعه لحقِّ الملك، فإنَّ الشفعة حقُّ الملك فيستحقُّ به دفع ضررٍ يلحقه بسبب اتصال الملك.

قوله: اتِّصَالَ تَأْبِيدٍ، احترازٌ عن المنقول والسكنىٰ بالعارية، وذكرُ القرارِ احتراز عن المشترىٰ شراءً فاسدًا، فإنه لا قرارَ له إذ الواجب النقضُ دفعًا للفساد.

قوله: عِنْدَ وُجُودِ المُعَاوَضَةِ بِالْمَالِ، احترازٌ عن الإجارة والدَّار الموهوبة والمجعولة مهرًا.

قوله: عَلَىٰ هٰذِهِ الصِّفَةِ، أي اتصال تأبيدٍ وقرارٍ.

قوله: إِذْ هُوَ مَادَّةُ المَضَارِّ، من إيقاد النار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار بإعلاء الجدار.

قوله: وَقَطْعُ هٰذِهِ المَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الأَصْلِ أَوْلَىٰ، جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: الشفيع إن تضرَّر بالدخيل فالدخيلُ يتضرَّرُ به أيضًا لتملُّك الشفيع ماله عليه، فأجابَ بأنَّ دفع هذه المادة بتملُّك الشفيع أوْلىٰ، لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَىٰ.

وَضَرَرُ القِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ. وَأَمَّا التَّرْتِيبُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الخَلِيطِ، وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ» فَالشَّرِيكُ فِي نَفْسِ المَبِيعِ وَالْخَلِيطُ فِي حُقُوقِ المَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الجَارُ. وَلِأَنَّ الاتِّصَالَ بِالشَّرِكَةِ فِي المَبِيعِ أَقْوَىٰ؛ لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ، وَبَعْدَهُ الاتِّصَالُ فِي الحُقُوقِ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ المِلْكِ، وَالتَّرْجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ، وَلِأَنَّ ضَرَرَ القِسْمَةِ إنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً صَلَحَ مُرَجِّحًا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ وَالْجَارِ شُفْعَةٌ مَعَ الخَلِيطِ فِي الرَّقَبَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مُقَدَّمٌ.

قَالَ: (فَإِنْ سُلِّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سُلِّمَ أَخَذَهَا الجَارُ) لِمَا بَيَّنَّا مِنَ التَّرْتِيبِ، وَالْمُرَادُ بِهٰذَا الجَارُ المُلَاصِقُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَىٰ ظَهْرِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ ....

قوله: وَضَرَرُ القِسْمَةِ مَشْرُوعٌ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ مؤنة القسمة تلزمه في الأصل، يعني أنَّ ضرر القسمة ضررٌ مستحقٌّ عليه شرعًا، وما وَجَبَ شرعًا وصار حقًّا عليه لا يصلحُ علّةً لتحقُّق ضرر المشتري بتملُّك ماله بغير رضاه، وإنَّما المرفوع ضررٌ ليسَ بحقٍّ عليه شرعًا.

قوله: وَالْمُرَادُ بِهٰذَا الجَارُ المُلَاصِقُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَىٰ ظَهْرِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ، احترزَ به عن الجار المقابل.

وَبَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَىٰ. عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَعَ وُجُودِ الشَّرِيكِ فِي الرَّقَبَةِ لَا شُفْعَةَ لِغَيْرِهِ سَلَّمَ أَوِ اسْتَوْفَىٰ؛ لِأَنَّهُمْ مَحْجُوبُونَ بِهِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الكُلِّ، إِلَّا أَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقُّ التَّقَدُّمِ، فَإِذَا سَلَّمَ كَانَ لِمَنْ يَلِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَيْنِ الصِّحَّةِ مَعَ دَيْنِ المَرَضِ، وَالشَّرِيكُ فِي المَبِيعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ الجَارِ فِي مَنْزِلٍ، ....

قوله: وَبَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَىٰ، احترازٌ عمَّا إذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه الدار.

قوله: وَالشَّرِيكُ فِي المَبِيعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا، أي مع أرضه لأنَّ الشركةَ في البناء المجرَّد لا توجبُ الشفعةَ، وصورة التَّرتيب في الشفعة منزلٌ مشتركٌ بين اثنين في دارٍ هيَ لقومٍ في سكَّةٍ غير نافذةٍ إذا باعَ أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريكُ في المنزل أحقُّ بالشفعة، فإن سلم فالشركاءُ في الدار أحقُّ بالشفعة من الشركاء في السّكّة، لأنّهم أمسُّ قربًا للشركة بينهم في صحن الدار، فإن سلموا فأهل السكة أحقُّ بالشفعة للشركة في الطريق، فإن سلموا فالجار الملاصق وهو الذي علىٰ ظهر هذا المنزل وباب داره في سكَّةٍ أخرىٰ.

قوله: وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الجَارِ فِي مَنْزِلٍ، أي الشريك في منزل مُعيَّنٍ من الدار أو جدارٍ مُعَيَّنٍ منها مقدَّمٌ على الجار في المنزل في المغني، ثمَّ الجارُ الذي هو مُؤَخَّرٌ عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكًا في الأرض التي هي تحتَ الحائط الذي هو مشتركٌ بينهما، أمَّا إذا كان شريكًا فيه لا يكون مُؤخَّرًا بل يكون مُقدَّمًا، وصورة ذلك أن تكون أرضٌ بين اثنين غير مقسومةً بنيا في وسطها حائطًا ثمَّ اقتسما الباقي فيكون الحائطُ وما تحت الحائط من الأرض مشتركًا بينهما فكان هذا الجار شريكًا في بعض المبيع، أمَّا إذا اقتسما الأرضَ

وَكَذَا عَلَىٰ الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَىٰ وَالْبُقْعَةَ وَاحِدَةٌ. ثُمَّ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ أَوِ الشِّرْبُ خَاصًّا حَتَّىٰ تَسْتَحِقَّ الشُّفْعَةُ بِالشَّرِكَةِ فِيهِ فَالطَّرِيقُ الخَاصُّ أَنْ لَا يَكُونَ نَافِذًا، وَالشِّرْبُ الخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لَا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ وَمَا تَجْرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ. وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الخَاصَّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا يُسْقَىٰ مِنْهُ قَرَاحَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ، وَمَا زَادَ عَلَىٰ ذٰلِكَ

قبل بناء الحائط وخطّا خطًّا في وسطها ثم أعطىٰ كلُّ واحد منهما شيئًا حتَّىٰ بنيا حائطًا فكلُّ واحد منهما جارٌ لصاحبه في الأرض شريكٌ في البناء لا غيرُ، والشريك في البناء لا غيرُ يوجب الشفعة.

قوله: **وَكَذَا عَلَى الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ**، أي كما هو مقدَّمٌ على الجار في المنزل، كذلك هو مقدَّمٌ على الجار في بقية الدار، وذكر القدوري: أنَّ الشريك في الذي تحتَ الحائط يستحقُّ الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد رحمه الله تعالىٰ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، فيكون مقدَّمًا على الجار في كلِّ المبيع، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ يستحقُّ الشفعة في الحائط بحكم الشركة، ويستحقُّ الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار، فيكون ذلك مع جارٍ آخر سيًّا.

قوله: **وَالشِّرْبُ الخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لَا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ**، قيل: أريدَ به أصغر السُّفُن، وما يجري فيه السفن فهيَ شركةٌ عامةٌ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: الخاص أن يكون نَهْرًا يُسقىٰ منه قراحان أو ثلاثة، أو بستانان أو ثلاثة، وما زاد علىٰ ذلك فهو عامٌ، القراح من الأرض كل قطعةٍ علىٰ حالها ليسَ فيها شجرٌ ولا بناءٌ، وفي الذخيرة: وعامة المشايخ علىٰ أنَّ الشركاء في النهر إذا

فَهُوَ عَامٌّ، وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَىٰ فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةً دُونَ أَهْلِ العُلْيَا، وَإِنْ بِيعَتْ لِلْعُلْيَا فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ، وَالْمَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي. وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ فَهُوَ عَلَىٰ قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ.

كانوا لا يحصون فهو نَهْرٌ كبيرٌ، وإن كانوا يحصون فهو نَهْرٌ صغيرٌ، لكن اختلفوا بعد هذا في حدِّ ما يُحصىٰ وما لا يُحصىٰ، بعضهم قدَّرَ ما لا يُحصىٰ بخمسَ مائة، وبعضهم بمائةٍ، وبعضهم بأربعين، وبعض مشايخنا قالوا: أصحُّ ما قيلَ فيه أنه مُفوَّضٌ إلىٰ رأي كل مجتهدٍ في زمانه، إن رآهم كثيرًا كانوا كثيرًا، وإن رآهم قليلًا كانوا قليلًا.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ، أي المنشعبة مستطيلةٌ، احترزَ به عن المستديرة فإنَّ الشفعة فيها لأهل السكتين، فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَىٰ، أي في المنشعبة، فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةً، أي لأنَّ المنشعبة دون العليا لأنه لا شركةَ لهم فيها ولا حقُّ المرور، وليسَ لهم أن يفتحوا فيها بابًا فكانت كالمملوكة لأهلها، بخلاف السِّكَّة الواحدة إذا بيعت دارٌ في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة وإن لم يكن لأهل الأعلىٰ حقُّ المرور في الأقصىٰ، لأنَّ السِّكَّة إذا كانت واحدةً والطريقُ فيها واحدٌ فللكلِّ فيها شركةٌ من أوَّل السكة إلىٰ آخرها، إلَّا أنَّ شركة البعض أكثرُ والتَّرجيح لا يقعُ بالكثرة علىٰ ما عُرف.

قوله: وَإِنْ بِيعَتْ لِلْعُلْيَا فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ، لأنَّ لأهل السُّفلىٰ حقُّ المرور فيها.

قوله: فَهُوَ عَلَىٰ قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: فإن كانت سِكَّةٌ غير نافذةٍ تنشعبُ منها سكةٌ غير نافذةٌ إلخ فإن استحقاق الشفعة هناكَ باعتبار جواز التطرُّق فلذلك

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالْجُذُوعِ عَلَىٰ الحَائِطِ شَفِيعَ شَرِكَةٍ وَلٰكِنَّهُ شَفِيعُ جِوَارٍ) ؛ لِأَنَّ العِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي العَقَارِ وَبِوَضْعِ الجُذُوعِ لَا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ إِلَّا أَنَّهُ جَارٌ مُلَازِقٌ.

قَالَ: (وَالشَّرِيكُ فِي الخَشَبَةِ تَكُونُ عَلَىٰ حَائِطِ الدَّارِ جَارٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ وَلَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الأَمْلَاكِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَىٰ مَقَادِيرِ الأَنْصِبَاءِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِنْ مَرَافِقِ المِلْكِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهَا لِتَكْمِيلِ مَنْفَعَتِهِ ....

قال: علىٰ قياس الطريق، يعني لو بيع أرضٌ متصلةٌ بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لا لأهل النهر الصغير، كما ذكرنا الحكم في السِّكَّة المنشعبة مع السِّكة المستطيلة العظمىٰ.

قوله: جَارٌ، لِمَا بَيَّنَّا، أنَّ العلة هي الشركة في العقار فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكًا في الدار.

قوله: وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ وَلَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الأَمْلَاكِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: هِيَ عَلَىٰ مَقَادِيرِ الأَنْصِبَاءِ، بيانه دارٌ بين ثلاثةٍ، لأحدهم نصفها ولآخرِ ثلثها ولآخرِ سُدسها، فباعَ صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعةَ قضي بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ أثلاثًا بقدر ملكهما، وإن باعَ صاحب السدس نصيبه قضي بينهما أخماسًا، وإن باعَ صاحبَ الثلث قضي بينهما أرباعًا، وعندنا قضي بينهما نصفان في الكلِّ، وكذلك علىٰ أصلنا إذا بيعت ولها جاران جارٌ من ثلاثة جوانب والآخر من جانبٍ واحدٍ وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان.

فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ وَالْغَلَّةَ وَالْوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ. وَلَنَا أَنَّهُمُ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ فَيَسْتَوُونَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَوِ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الشُّفْعَةِ. وَهٰذَا آيَةُ كَمَالِ السَّبَبِ وَكَثْرَةُ الِاتِّصَالِ تُؤْذِنُ بِكَثْرَةِ العِلَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ لَا بِكَثْرَتِهِ، وَلَا قُوَّةَ هَاهُنَا لِظُهُورِ الأُخْرَىٰ بِمُقَابِلَتِهِ وَتَمَلُّكُ مِلْكِ غَيْرِهِ لَا يُجْعَلُ ثَمَرَةً مِنْ

قوله: فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ، فإنَّ الشريكين إذا اشتَريا شيئًا بخمسة عشر درهمًا مثلًا ومالَ أحدهما خمسةً ومال الآخر عشرةَ ثمَّ باعاه فربحا ثلاثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهمُ الواحدُ لصاحب الخمسة، لأنَّ الربحَ تبعٌ للمال فكان بينهما علىٰ قدر رأس مالهما، وَالْغَلَّةَ، بأن كان حانوتٌ بينهما أثلاثًا فغلته أيضًا تكون بينهما أثلاثًا.

قوله: لَوِ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الشُّفْعَةِ، يعني أنَّ صاحب الكثير لو باعَ نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكلَّ بالاتفاق، كما لو باعَ صاحب القليل كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميعَ المبيع، لِما أنَّ ملكَ كل جزءٍ علةٌ تامةٌ لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فإنَّما اجتمعَ في حقِّ صاحب الكثير عِلَلٌ، وفي حقِّ صاحب القليل علَّةٌ واحدةٌ، والمساواةُ تتحقَّقُ بين العلة الواحدة والعِلَل، ألا ترىٰ أنَّ أحد المدعيين لو أقامَ شاهدين والآخر عشرًا فهما سواءٌ، وكذلك لو أنَّ رجلًا جَرَحَ رجلًا جراحةً واحدةً وجرحه آخرُ عشرَ جراحات فمات استويا في حكم القتل، والترجيح لقوةٍ في الدليل كالشريك يرجح على الجار، وكحز الرقبة مع جرح الآخر فإنَّ حكم القتل يُضاف إلى الحاز لا إلى الجارح بالاتفاق، لَا بِكَثْرَتِهِ، لأنَّ ما يصلحُ علةً بانفراده لا يصلحُ مرجِّحًا لأنَّ عند ظهور التَّرجيح كان المرجوح مدفوعًا بالراجح، وههنا حقُّ صاحب القليل لا يبطلُ أصلًا، فعرفنا أن لا ترجيحَ في جانبه من حيث قوَّة العلة.

قوله: وَتَمَلُّكُ مِلْكِ غَيْرِهِ لَا يُجْعَلُ ثَمَرَةً مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ، أي القدرة على التملُّك

ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَأَشْبَاهِهَا، وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ فَهِيَ لِلْبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَىٰ عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الِانْتِقَاصَ لِلْمُزَاحَمَةِ مَعَ كَمَالِ السَّبَبِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدِ انْقَطَعَتْ. وَلَوْ كَانَ البَعْضُ غُيَّبًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَ الحُضُورِ عَلَىٰ عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الغَائِبَ لَعَلَّهُ لَا يَطْلُبُ، وَإِنْ قَضَىٰ لِحَاضِرٍ بِالْجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ يَقْضِي لَهُ بِالنِّصْفِ، وَلَوْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، فَلَوْ سَلَّمَ الحَاضِرَ بَعْدَمَا قَضَىٰ لَهُ بِالْجَمِيعِ لَا يَأْخُذُ القَادِمُ إِلَّا النِّصْفَ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِالْكُلِّ لِلْحَاضِرِ يَقْطَعُ حَقَّ الغَائِبِ عَنِ النِّصْفِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ) وَمَعْنَاهُ بَعْدَهُ لَا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الِاتِّصَالُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَالْوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا

لا تعدُّ من ثمرات الملك كالأب له أن يتملَّك جاريةَ ابنه ولا يعدُّ من ثمرات ملكه.

قوله: بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَأَشْبَاهِهَا، فإنَّها متولِّدةٌ من العين فيتولَّدُ بقدر الملك، أمَّا تملُّك ملك غيره فلا يتولَّد من ملكه فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد.

قوله: لِأَنَّ سَبَبَهَا الِاتِّصَالُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لأنَّ الاتصال علىٰ هذه الصفة إنَّما انتصب سببًا فيه لدفع ضرر الجوار، فعند عامَّة المشايخ سببُ وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالمبيع، وكان الخصاف رحمه الله تعالىٰ يقول: الشفعة تجبُ بالبيع ثمَّ تجبُ بالطلب، فهو إشارةٌ إلىٰ أنَّ كلها سببٌ على التعاقب، وأنه غير صحيحٌ لأنَّ الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصوَّرُ وجوبُها ثانيًا بالطلب، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: أنَّ الشركة مع البيع علةٌ لوجوب الشفعة، لأنَّ حق الشفعة لا يثبت إلا بِهما، ولا يجوز أن

رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ، وَالْبَيْعُ يُعَرِّفُهَا وَلِهٰذَا يُكْتَفَىٰ بِثُبُوتِ البَيْعِ فِي حَقِّهِ حَتَّىٰ يَأْخُذَهَا الشَّفِيعُ إِذَا أَقَرَّ البَائِعُ بِالْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي يُكَذِّبُهُ. قَالَ: (وَتَسْتَقِرُّ بِالْإِشْهَادِ، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ) لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الإِشْهَادِ وَالطَّلَبِ لِيُعْلَمَ بِذٰلِكَ رَغْبَتُهُ فِيهِ دُونَ إِعْرَاضِهِ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِثْبَاتِ طَلَبِهِ عِنْدَ القَاضِي وَلَا يُمْكِنُهُ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ.

قَالَ: (وَتُمْلَكُ بِالْأَخْذِ إِذَا سَلَّمَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ حَكَمَ بِهَا الحَاكِمُ)؛ لِأَنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِي قَدْ تَمَّ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَىٰ الشَّفِيعِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي أَوْ قَضَاءِ القَاضِي كَمَا فِي الرُّجُوعِ وَالْهِبَةِ. وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هٰذَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ وَبَاعَ دَارَهُ المُسْتَحَقَّ بِهَا الشُّفْعَةُ أَوْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ قَبْلَ حُكْمِ الحَاكِمِ أَوْ تَسْلِيمِ المُخَاصِمِ

يقال: بأنَّ الشراء شرطٌ والشركة علةٌ وسببٌ، فإنَّ الشفيع لو سلم الشفعةَ قبل البيع لا يصحُّ ولو سلم بعد البيع يصحُّ، ولو كان سببُ وجوب الشفعة الشركةَ وحدها يصحُّ التسليم قبل البيع، لأنه حصلَ بعدَ وجود سبب الوجوب، ألا ترىٰ أنَّ الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائزٌ، فعُلِمَ بِهذا أنَّ الشركةَ وحدها ليست بعلةٍ، والحاصلُ أنَّ استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع، وتأكُّدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة بالشفعة بالقضاء أو الرضا.

قوله: وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هٰذَا، أي فائدة توقُّف الملك في الدار المشفوعة بعد الطَّلبين على تسليم المشتري الدارَ إلى الشفيع أو حكم الحاكم.

لَا تُوَرَّثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَىٰ وَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ وَلَا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ لِانْعِدَامِ المِلْكِ لَهُ. ثُمَّ قَوْلُهُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ بَيَانٌ أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ مُعَارَضَةِ المَالِ بِالْمَالِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: لَا تُوَرَّثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَىٰ، وهيَ ما إذا ماتَ الشفيع بعد الطلبين لأنه لم يملكها المورثُ فكيف تورث عنه.

قوله: وَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ، وهي ما إذا باع داره المستحق بِها الشفعة، لأنَّ سبب الأخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زالَ ملكه عمَّا يستحقُّ به الشفعة قبل أن يأخذها فلم يبقَ السبب قبل أن يثبت الحكم فلا يثبتُ الحكم.

قوله: وَلَا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ، وهي ما إذا بيعت دارٌ بجنب الدار المشفوعة، لأنه لم يملك المشفوعةَ فكيف يملك بِها غيرها، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالْخُصُومَةُ فِيهَا

قَالَ: (وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذٰلِكَ عَلَىٰ الْمُطَالَبَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الطَّلَبَ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: طَلَبُ الْمُوَاثَبَةِ وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، حَتَّىٰ لَوْ بَلَغَ الشَّفِيعُ الْبَيْعَ وَلَمْ يَطْلُبْ شُفْعَةً بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا» وَلَوْ

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قوله: اعْلَمْ أَنَّ الطَّلَبَ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: طَلَبُ الْمُوَاثَبَةِ، سُمِّيت به تبرُّكًا بلفظ الحديث: «الشفعة لمن وَاثبها» أي لمن طلَبَها علىٰ وجه السرعة والمبادرة، مُفَاعَلَةٌ من الوثوب على الاستعارة، لأنَّ من يثب هو الذي يسرعُ في طيِّ الأرض بمشيه.

قوله: وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، أي علىٰ فور علمه بالبيع من غير توقُّفٍ، سواءٌ كان عنده إنسانٌ أو لم يكن، وذكر في المبسوط: وإذا علم بالبيع وهو بمحضرٍ من المشتري فالجواب واضحٌ أن يطلبها، وكذلك إن كان بمحضرٍ من الشهود ينبغي له أن يشهدهم علىٰ طلبه، وكذلك لو لم يكن بحضرته أحدٌ حين سمعَ ينبغي أن يطلب الشفعة، والطلب صحيحٌ من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود فينبغي له أن يطلبَ حتَّىٰ إذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طَلَبَها كما سمعَ، وذكر في شرح الأقطع: وإنَّما يفعل ذلك أي يطلب وإن لم يكن عنده أحدٌ لئلا تسقطُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

قوله: حَتَّىٰ لَوْ بَلَغَ الشَّفِيعُ الْبَيْعَ وَلَمْ يَطْلُبْ شُفْعَةً بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ لِمَا ذَكَرْنَا، وهو

أُخْبِرَ بِكِتَابٍ وَالشُّفْعَةُ فِي أَوَّلِهِ أَوْ فِي وَسَطِهِ فَقَرَأَ الكِتَابَ إِلَىٰ آخِرِهِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَعَلَىٰ هٰذَا عَامَّةُ المَشَايِخِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ العِلْمِ، وَالرِّوَايَتَانِ فِي النَّوَادِرِ. وَبِالثَّانِيَةِ أَخَذَ الكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّمَلُّكِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي المُخَيَّرَةِ، وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ البَيْعُ «الْحَمْدُ لِلّٰهِ» أَوْ «لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ» أَوْ قَالَ «سُبْحَانَ اللهِ» لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ حَمْدٌ عَلَىٰ الخَلَاصِ مِنْ جِوَارِهِ وَالثَّانِيَ تَعَجُّبٌ مِنْهُ لِقَصْدِ إِضْرَارِهِ، وَالثَّالِثَ لِافْتِتَاحِ كَلَامِهِ فَلَا يَدُلُّ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَىٰ الإِعْرَاضِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ مَنِ ابْتَاعَهَا وَبِكَمْ بِيعَتْ؛ لِأَنَّهُ يَرْغَبُ فِيهَا بِثَمَنٍ دُونَ ثَمَنٍ وَيَرْغَبُ عَنْ مُجَاوَرَةِ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الكِتَابِ أَشْهَدُ فِي مَجْلِسِهِ ذٰلِكَ عَلَىٰ المُطَالَبَةِ طَلَبَ المُوَاثَبَةِ، وَالْإِشْهَادُ فِيهِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، إِنَّمَا هُوَ لِنَفْيِ التَّجَاحُدِ وَالتَّقْيِيدُ

قوله: لأنهُ حقٌّ ضعيفٌ يبطلُ بالإعراض فلا بُدَّ من الإشهاد، وقال ابن أبي ليلىٰ: إن طَلَبَ إلىٰ ثلاثة أيّامٍ فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلةُ يومٍ حين سَمِع، وقال شريكٌ: هو علىٰ شفعته ما لم يبطلها صريحًا أو دلالةً بمنزلة سائر الحقوق المستحقة.

قوله: لَا بُدَّ لَهُ مِنْ زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي المُخَيَّرَةِ، فإنَّ لها الخيارُ ما دامت في مجلسها، والجامعُ حاجة الرأي والتأمُّل، ولأنَّ الشرع أوجَبَ له حقَّ التملك ببدلٍ، ولو أوْجَبَ البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله.

قوله: وَلَوْ قَالَ بَعْدَ مَا بَلَغَهُ البَيْعُ «الْحَمْدُ لِلّٰهِ» - إلىٰ قوله - لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ، هذا علىٰ رواية أنَّ له مجلس العلم.

بِالْمَجْلِسِ إِشَارَةٌ إِلَىٰ مَا اخْتَارَهُ الكَرْخِيُّ. وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ كَمَا لَوْ قَالَ: طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ أَوْ أَطْلُبُهَا أَوْ أَنَا طَالِبُهَا؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَىٰ، وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ بَيْعَ الدَّارِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الإِشْهَادُ حَتَّىٰ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا صَبِيًّا كَانَ أَوِ امْرَأَةً إِذَا كَانَ الخَبَرُ حَقًّا. وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَهٰذَا بِخِلَافِ المُخَيَّرَةِ إِذَا أَخْبَرَتْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلْزَامُ حُكْمٍ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْبَرَهُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ وَالْعَدَالَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي الخُصُومِ. وَالثَّانِي طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالْإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ القَاضِي

قوله: لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَىٰ، ظاهر قوله: طلبت الشفعة، إخبار عن الطلب في الزمان الماضي، وإنه كذبٌ والكذبُ لا عِبْرَة به فكأنه لم يطلب، وكذا إذا قال: أطلبها لأنه عدَةٌ إلا أنه في العُرف يُراد بهذه الألفاظ الطلبَ للحال لا الخبرُ عن أمرٍ ماضٍ أو مستقبلٍ، حتَّىٰ إنَّ الشيخ الإمام أبا بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالىٰ الرستاقي قال: إذا سَمِعَ بيعَ أرضٍ بجنب أرضه فقال: شفعة! شفعة! كان ذلك منه طلبًا.

قوله: وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، أرادَ به ما ذكره في أواخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول كتاب أدب القاضي، وأرادَ بأخواته المولىٰ إذا أخبَر بجناية عبده، والشفيع والبكر والمسلمُ الذي لم يهاجر.

قوله: وَالثَّانِي طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالْإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ القَاضِي ...

عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَلَا يُمْكِنُهُ الإِشْهَادُ ظَاهِرًا عَلَىٰ طَلَبِ المُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ فَوْرِ العِلْمِ بِالشِّرَاءِ فَيَحْتَاجُ بَعْدَ ذٰلِكَ إِلَىٰ طَلَبِ الإِشْهَادِ وَالتَّقْرِيرِ وَبَيَانُهُ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ (ثُمَّ يَنْهَضُ مِنْهُ) يَعْنِي مِنَ المَجْلِسِ (وَيَشْهَدُ عَلَىٰ البَائِعِ إِنْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ) مَعْنَاهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَىٰ المُشْتَرِي (أَوْ عَلَىٰ المُبْتَاعِ أَوْ عِنْدَ العَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ اسْتَقَرَّتْ شُفْعَتُهُ) وَهٰذَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ لِلْأَوَّلِ اليَدَ وَلِلثَّانِي المِلْكَ، وَكَذَا يَصِحُّ

وَلَا يُمْكِنُهُ الإِشْهَادُ ظَاهِرًا عَلَىٰ طَلَبِ المُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ فَوْرِ العِلْمِ بِالشِّرَاءِ فَيَحْتَاجُ بَعْدَ ذٰلِكَ إِلَىٰ طَلَبِ الإِشْهَادِ وَالتَّقْرِيرِ، حتَّىٰ لو سمع الشراء بحضرة البائع أو المشتري أو الدار وطلبَ طلبَ المواثبة وأشهدَ علىٰ ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين، كذا في الفتاوى الظهيرية، وإن قصد الأبعدَ من هذه الأشياء الثلاثة وترك الأقربَ فإن كانوا جملةً في مصرٍ واحدٍ فالقياسُ أن تبطل شفعته، وفي الاستحسان لا تبطلُ لأنَّ نواحيَ المصر جُعِلت كناصي واحدةٍ حكمًا، ولو كانوا في مكانٍ واحدٍ حقيقةً وطلبَ عند أحدهم وترك الطلب عند الآخرين أليسَ أنه يصحُّ طلبه، كذا ههنا، أمَّا لو كان الشفيع بحضرة أحد هؤلاء الثلاثة والآخران في مصرٍ آخر أو في رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقصدَ الأبعدَ وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسًا واستحسانًا، لأنَّ مصرًا آخر أو رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكانٍ واحدٍ، فإذا تركَ الطلبَ عند الأقرب فقد تركَ الطلبَ مع الإمكان فيبطل.

قوله: ثُمَّ يَنْهَضُ مِنْهُ، أي يقومُ ويشهدُ على البائع إن كان المبيع في يده، وأمَّا إذا لم يكن المبيع في يده ذكر أبو الحسن القدوري والناطفي أنه لا يصحُّ الطلب عنده، وذكر شيخ الإسلام أنه صحيحٌ استحسانًا، وهكذا ذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي.

الإِشْهَادُ عِنْدَ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِنْ سَلَّمَ البَائِعُ المَبِيعَ لَمْ يَصِحَّ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَصْمًا، إِذْ لَا يَدَ لَهُ وَلَا مِلْكَ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ. وَصُورَةُ هٰذَا الطَّلَبِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ فُلَانًا اشْتَرَىٰ هٰذِهِ الدَّارَ وَأَنَا شَفِيعُهَا وَقَدْ كُنْتُ طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ وَأَطْلُبُهَا الآنَ فَاشْهَدُوا عَلَىٰ ذٰلِكَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَبِيعِ وَتَحْدِيدُهُ؛ لِأَنَّ المُطَالَبَةَ لَا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ. وَالثَّالِثُ طَلَبُ الخُصُومَةِ وَالتَّمَلُّكِ، وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَلَا تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِ هٰذَا الطَّلَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ تَرَكَهَا شَهْرًا بَعْدَ الإِشْهَادِ بَطَلَتْ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، مَعْنَاهُ: إِذَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ المُخَاصَمَةَ فِي مَجْلِسٍ مِنْ مَجَالِسِ القَاضِي تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَضَىٰ مَجْلِسٌ مِنْ مَجَالِسِهِ وَلَمْ يُخَاصِمْ فِيهِ اخْتِيَارًا دَلَّ ذٰلِكَ عَلَىٰ إِعْرَاضِهِ وَتَسْلِيمِهِ. وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الخُصُومَةِ مِنْهُ أَبَدًا يَتَضَرَّرُ بِهِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّصَرُّفُ حَذَارِ نَقْضِهِ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ فَقَدَّرْنَاهُ بِشَهْرٍ؛ لِأَنَّهُ آجِلٌ وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الأَيْمَانِ. وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ

قوله: وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ، قال شيخ الإسلام رحمة الله تعالى عليه: الفتوىٰ علىٰ قول محمد رحمه الله تعالىٰ أنّ طول

وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ أَنَّ الحَقَّ مَتَىٰ ثَبَتَ وَاسْتَقَرَّ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ وَهُوَ التَّصْرِيحُ بِلِسَانِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الضَّرَرِ يَشْكُلُ بِمَا إِذَا كَانَ غَائِبًا، وَلَا فَرْقَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي بَيْنَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ، وَلَوْ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي البَلَدِ قَاضٍ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِالتَّأْخِيرِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الخُصُومَةِ إِلَّا عِنْدَ القَاضِي فَكَانَ عُذْرًا.

قَالَ: (وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ سَأَلَ

المدَّة مقدَّرٌ بشهرٍ، وهكذا ذكر أيضًا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَمَا ذَكَرَ مِنَ الضَّرَرِ يَشْكُلُ بِمَا إِذَا كَانَ غَائِبًا، فإن قيل: لا يشكل، لأنَّ حالة الغيبة إنَّما لا تبطلُ دفعًا لضرر الشفيع، ودفع ضرر الشفيع مقدَّمٌ علىٰ ضرر المشتري، وفيما إذا كان حاضرًا لا يتحقَّقُ ضرر الشفيع لتمكُّنه من الأخذ؟ قلنا: لمَّا لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعايةً لحقِّه وهو ضعيفٌ، وعسىٰ أن لا يطلب الشفعة، فههنا قد تقوَّىٰ حقُّه وتقرَّر بالطلبين، فلأَن لا تبطل بالطريق الأَوْلىٰ.

قوله: وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي، هذا كيفية طلب الخصومة التي كان وعدها قبل هذا، فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ، وصورةُ ذلك أن يقول الشفيع للقاضي: إنَّ فلانًا اشترىٰ دارًا وبيَّنَ مصرَها ومحلَّتَها وحدودَها، وأنا شفيعُها بدارٍ لي وبيَّنَ حدودَها فمُره بتسليمها إليَّ، وإنَّما يبيِّنُ هذه الأشياء لأنَّ الدَّعوىٰ إنَّما تصحُّ في المعلوم، وإعلام العقار بِهذه الأشياء فبعد ذلك يسأله القاضي أنَّ المشتري هل قبض الدار أم لا؟ لأنه إذا لم يقبضها من البائع لا تصحُّ الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع لأنَّ اليد للبائع، فإذا ذكر القبضَ ينبغي أن يسأله بأيِّ سبب يدَّعي الشفعة، وهذا لأنَّ أسباب الشفعة ممَّا يختلف فيه العلماء، بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل إذا كان أقربَ بابًا، وعندنا الشفعة

الْقَاضِي الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الَّذِي يُشْفَعُ بِهِ وَإِلَّا كَلَّفَهُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ) لِأَنَّ الْيَدَ ظَاهِرٌ مُحْتَمِلٌ فَلَا تَكْفِي لِإِثْبَاتِ الِاسْتِحْقَاقِ. قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَسْأَلُ الْقَاضِي الْمُدَّعِيَ قَبْلَ أَنْ يُقْبِلَ عَلَى الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَنْ مَوْضِعِ الدَّارِ وَحُدُودِهَا؛ لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ حَقًّا فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ رَقَبَتَهَا، وَإِذَا بَيَّنَ ذٰلِكَ يَسْأَلُهُ عَنْ سَبَبِ شُفْعَتِهِ لِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا، فَإِنْ قَالَ: أَنَا شَفِيعُهَا بِدَارٍ لِي تُلَاصِقُهَا الْآنَ تَمَّ دَعْوَاهُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الْخَصَّافُ.

علىٰ مراتبٍ، فلا بُدَّ من أن يبيِّن سببها لينظر القاضي أنَّ ما زعمه سببًا هل هو سببٌ؟ وبعد أن يكون سببًا هل هو محجوبٌ بغيره؟ وإذا بيَّن المدَّعي أنه ليس بمحجوبٍ بغيره يسأله القاضي: متىٰ علمتَ بالشراء وكيف صنعتَ حين علمتَ؟ قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: والصحيح أنَّ القاضي يقول: متىٰ أخبرتَ بالشراء وكيف أخبرتَ بالشراء؟ وإنَّما اختاروا الإخبار لأنَّ العلمَ لا يثبت إلا بدليلٍ مقطوعٍ به، والشفعة تبطلُ بترك الطلب بعد وصول الخبر إليه، وإنَّما يسأله القاضي عن وقت الإخبار أو وقت العلم حتى يرى القاضي أنَّ المدَّةَ هل تطاولت من وقت العلم إلىٰ وقت المرافعة إلى القاضي؟ فإنَّ عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ إذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفتُ إلىٰ دعواه، وعليه الفتوىٰ، ثمَّ إذا سأله عن طلب المواثبة فقال: طلبتُ حين علمتُ، أو حين أخبرتُ من غير لبثٍ سأله عن طلب الإشهاد: هل طلبتَ طلبَ الإشهاد بعد ذلك من غير تأخيرٍ وتقصيرٍ؟ فإن قال: نعم، سأله: أنَّ الذي طلبتَ بحضرته هل كان أقربَ إليه من غيره؟ فإن قال: نعم، تبيَّن أنَّ الإشهاد قد صحَّ، ثم إذا بيَّن ما يصحُّ عنده الطلب فقد صحَّ دعواه، فبعد ذلك يسأل القاضي المدَّعىٰ عليه عن دعوى المدعي، فإن أنكرَ أن يكون شفيعها بأن كان المدَّعي ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدَّعىٰ عليه أنكرَ أن تكون الدار بجنب الدار المشتراة، وأن تكونَ الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدَّعي.

وَذَكَرَ فِي الفَتَاوَىٰ تَحْدِيدَ هٰذِهِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا أَيْضًا، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِتَابِ المَوْسُومِ بِالتَّجْنِيسِ وَالْمَزِيدِ.

قَالَ: (فَإِنْ عَجَزَ عَنِ البَيِّنَةِ اسْتَحْلَفَ المُشْتَرِيَ بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يُشْفَعُ بِهِ) مَعْنَاهُ بِطَلَبِ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ عَلَيْهِ مَعْنًى لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ، ثُمَّ هُوَ اسْتِحْلَافٌ عَلَىٰ مَا فِي يَدِهِ فَيَحْلِفُ عَلَى العِلْمِ (فَإِنْ نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ثَبَتَ مِلْكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا وَثَبَتَ الجِوَارُ فَبَعْدَ ذٰلِكَ سَأَلَهُ القَاضِي) يَعْنِي المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ (هَلِ ابْتَاعَ أَمْ لَا، فَإِنْ أَنْكَرَ الِابْتِيَاعَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ أَقِمِ البَيِّنَةَ) ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ البَيْعِ وَثُبُوتُهُ بِالْحُجَّةِ.

قَالَ: (فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اسْتَحْلَفَ المُشْتَرِيَ بِاللهِ مَا ابْتَاعَ أَوْ بِاللهِ مَا اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ فِي هٰذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ) فَهٰذَا عَلَى الحَاصِلِ، وَالْأَوَّلُ عَلَى السَّبَبِ وَقَدِ اسْتَوْفَيْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي الدَّعْوَىٰ، وَذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ

قوله: فَإِنْ عَجَزَ عَنِ البَيِّنَةِ اسْتَحْلَفَ المُشْتَرِيَ بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يُشْفَعُ بِهِ، وأنَّا نحلف على العلم لأنه استحلافٌ علىٰ ما في يد غيره، هذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ: يحلف على البتات لأنَّ المدَّعي يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادَّعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكره وهناكَ يحلفُ على البتات، كذا ههنا.

قوله: وَذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَىٰ، وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين

بِتَوْفِيقِ اللهِ، وَإِنَّمَا يُحَلِّفُهُ عَلَى البَتَاتِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافُ فِعْلِ نَفْسِهِ وَعَلَىٰ مَا فِي يَدِهِ أَصَالَةً، وَفِي مِثْلِهِ يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَىٰ مَجْلِسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالشُّفْعَةِ لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ) وَهٰذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَقْضِي حَتَّىٰ يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ، وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ عَسَاهُ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ القَضَاءُ عَلَىٰ إِحْضَارِهِ حَتَّىٰ لَا يَتْوِيَ مَالُ المُشْتَرِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ القَضَاءِ وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُهُ، فَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُهُ (وَإِذَا قَضَىٰ لَهُ بِالدَّارِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) وَيَنْفُذُ القَضَاءُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ فَيُحْبَسُ فِيهِ، فَلَوْ أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ ادْفَعِ الثَّمَنَ إِلَيْهِ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ القَاضِي.

قَالَ: (وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ، وَالْمَبِيعُ فِي يَدِهِ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ اليَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ) وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي البَيِّنَةَ

والاستحلاف من كتاب الدَّعوىٰ بقوله: فيحلفُ على الحاصل في هذه الوجوه، إلىٰ ما قال: وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالىٰ، وأمَّا علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ يحلف في جميع ذلك على السبب.

حَتَّىٰ يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي فَيَفْسَخَ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ وَيَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ عَلَىٰ الْبَائِعِ وَيَجْعَلَ الْعُهْدَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي وَالْيَدَ لِلْبَائِعِ، وَالْقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَتِ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ حَيْثُ لَا يُعْتَبَرُ حُضُورُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَجْنَبِيًّا إذْ لَا يَبْقَىٰ لَهُ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ. وَقَوْلُهُ فَيَفْسَخُ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ إشَارَةٌ إلَىٰ عِلَّةٍ أُخْرَىٰ وَهِيَ أَنَّ الْبَيْعَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي إذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالْفَسْخِ عَلَيْهِ، ثُمَّ وَجْهُ هٰذَا الْفَسْخِ الْمَذْكُورِ أَنْ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الْإِضَافَةِ لِامْتِنَاعِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ

قوله: وَقَوْلُهُ فَيَفْسَخُ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ إشَارَةٌ إلَىٰ عِلَّةٍ أُخْرَىٰ، وهيَ أنَّ البيعَ إذا كان ينفسخ لا بدَّ من حضوره ليقضىٰ بالفسخ عليه، أي يكون اشتراط حضور المشتري معلومًا بعلَّتين، بعلة أنه يصير مقضيًّا عليه في حقِّ الملك لأنه ذكر قبل هذا بقوله: لأنَّ الملك للمشتري واليدَ للبائع والقاضي يقضي بِهما للشفيع فلا بُدَّ من حضورهما، وبعلة أنه يصير مقضيًّا عليه في حقِّ الفسخ كما ذكرنا هٰهنا ليقضى بالفسخ عليه، والقضاءُ على الغائب لا يجوز ملكًا أو فسخًا فلا بُدَّ من حضوره.

قوله: ثُمَّ وَجْهُ هٰذَا الْفَسْخِ الْمَذْكُورِ، وهو قوله: فَيَفْسَخَ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ؛ أَنْ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الْإِضَافَةِ، أي في حقِّ الإضافة إلى المشتري لأنه إذا أخذَ بالشفعة فاتَ بأخذه القبض المستحقَّ بالعقد في حقِّ المشتري وذا يوجب انفساخ البيع، كما لو هلكَ المبيعَ قبل القبض إلا أنه يبقىٰ أصل البيع لأنَّ قول البائع للمشتري: بعتُ، إيجابٌ للبيع، وقوله: منكَ، إضافةٌ إليه فإذا أخذَ الشفيع بالشفعة صار كأنَّ ذلك البيع أضيفَ إلى الشفيع بعد أن كان مضافًا إلى

الفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَىٰ أَصْلُ البَيْعِ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، وَلٰكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إِلَيْهِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هُوَ المُشْتَرِي مِنْهُ فَلِهٰذَا يَرْجِعُ بِالْعُهْدَةِ عَلَىٰ البَائِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَهُ المُشْتَرِي فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِهِ حَيْثُ تَكُونُ العُهْدَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ. وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ امْتَنَعَ قَبْضُ المُشْتَرِي وَأَنَّهُ يُوجِبُ الفَسْخَ، وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا لِغَيْرِهِ فَهُوَ الخَصْمُ لِلشَّفِيعِ) ؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ مِنْ حُقُوقِ العَقْدِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَىٰ المُوَكِّلِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ فَيَكُونُ الخَصْمُ هُوَ المُوَكِّلُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ كَالْبَائِعِ مِنَ المُوَكِّلِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ كَتَسْلِيمِ البَائِعِ إِلَىٰ المُشْتَرِي فَتَصِيرُ الخُصُومَةُ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذٰلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ فِي الخُصُومَةِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَكَذَا

المشتري فينقضُ البيع في حقِّ الإضافة إليه لا أنه ينتقضُ أصل العقد، كما إذا رمىٰ سهمًا إلىٰ إنسانٍ فتقدَّم عليه غيرُه فأصابه فالرميُ في نفسه لم يتبدَّل، ولكن الإرسال والتوجُّه على الأوَّل قد انقطع لتخلُّل هذا الثانِي فيخرجُ من أن يكون مقصودًا بالرمي، فكذا ههنا تحوَّلت الصفقة إليه كأنَّ العقد من الابتداء وقعَ معه، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: العهدةُ على المشتري بكلِّ حالٍ سواءٌ أخذها من يد البائع أو من يد المشتري لأنَّ عنده حقوقَ العقد ترجعُ إلى المالك.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذٰلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ، أي بخلاف البائع

إِذَا كَانَ البَائِعُ وَكِيلَ الغَائِبِ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَإِذَا قَضَىٰ القَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ وَلَمْ يَكُنْ رَآهَا فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا وَإِنْ كَانَ المُشْتَرِي شَرَطَ البَرَاءَةَ مِنْهُ) لِأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ

مع المشتري فإنه لا يكتفي بحضرة البائع حتَّىٰ يحضر المشتري لأنَّ البائعَ ليس بنائبٍ عن المشتري، كأنَّ هذا جوابٌ لسُؤالٍ يردُ علىٰ قوله: وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ كَالْبَائِعِ مِنَ المُوَكِّلِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ كَتَسْلِيمِ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي فَتَصِيرُ الخُصُومَةُ مَعَهُ، وهو أن يقال: لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترطُ حضورهما كما شرط ثمَّ، فأجابَ أنَّ الوكيلَ مع ذلك قائمٌ مقامَ الموكل فيكتفي بحضوره قبل التسليم إلى الموكل.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ، أي يكون الخصم للشفيع هو الوصيُّ.

قوله: فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، ذكر في الباب الأول من شفعة المبسوط: البائعُ إذا كان وصيًّا للميِّت، إلا أنَّ الورثة كبارٌ كلهم وليسَ على الميِّت دينٌ ولم يوصِ بشيءٍ يُباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي، لأنَّ الملك للورثة وهم متمكِّنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبيٌّ صغيرٌ جازَ بيع الوصيِّ في جميع الدار، وكذلك إن كان عليه دينٌ أو أوْصىٰ بوصيةٍ من ثمن الدار وهو استحسان ذهبَ إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي القياس لا يجوز بيعه إلا في نصيب الصغير خاصَّةً أو بقدر الدين والوصية، ثمَّ فيما جازَ بيعه كان للشفيع أن يأخذ الدارَ منه بالشفعة إذا كانت في يده، وفي الجامع الصغير: الورثةُ كبار حضور ولا دينَ على الميت ولا وصيَّةَ، فليسَ للوصيِّ أن يبيع شيئًا من التَّركة لأنه لا ولايةَ له عليهم، فإن كانوا غيبًا فله بيعُ العروض لا العقار، لأنَّ له ولاية الحفظ وبيع

فَيَثْبُتُ فِيهِ الخِيَارَانِ كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَلَا يَسْقُطُ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ مِنَ المُشْتَرِي وَلَا بِرُؤْيَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ.

العروض من الحفظ، فأمَّا العقارُ فمحفوظٌ بنفسه، ويملك إجارة الكلِّ لأنه حفظ حتَّىٰ لو خيفَ هلاكه بأن كان علىٰ شطِّ بحرٍ أو نحوه أو خيف هلاكُه بماءٍ يملك بيعه أيضًا، قال صدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ: لو قيلَ يملك لا يبعدُ، ولو كانوا صغارًا فله بيعُ الكلِّ لأنه قائمٌ مقامَ الأب وللأب ذلك، والمتأخِّرون جوَّزوا بيعَ الوصيِّ بضعف القيمة، أو لضرورة النفقة والدين، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ الِاخْتِلَافِ

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي) ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ عَلَيْهِ عِنْدَ نَقْدِ الأَقَلِّ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ فَالْمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا لِتَخَيُّرِهِ بَيْنَ التَّرْكِ وَالْأَخْذِ وَلَا نَصَّ هَاهُنَا، فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ لِلشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: البَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا) فَصَارَ كَبَيِّنَةِ البَائِعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المَوْجُودَ بَيْعَانِ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَهٰذَا بِخِلَافِ البَائِعِ مَعَ

فصل في الاختلاف

قوله: فَصَارَ كَبَيِّنَةِ البَائِعِ، أي مع المشتري، يعني لو اختلف البائعُ والمشتري في مقدار الثَّمن وأقاما البينةَ كانت البينةُ بينةَ البائع لأنَّها تثبت الزيادة.

قوله: وَالْوَكِيلِ، أي كبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإنَّ الوكيلَ بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينةَ كانت البينة بينة الوكيل لأنَّها تثبت الزيادة.

قوله: وَالْمُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ، أي كبينة المشتري من العدُوِّ مع بينة لمولى القديم،

الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَالَىٰ بَيْنَهُمَا عَقْدَانِ إِلَّا بِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ وَهَاهُنَا الْفَسْخُ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَهُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَةِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَائِعِ وَالْمُوَكِّلِ كَالْمُشْتَرِي مِنْهُ، كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ فَقُلْنَا ذُكِرَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنَةُ المَالِكِ القَدِيمِ فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ (وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لَا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَالِكَ إِلَّا بِفَسْخِ الأَوَّلِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ) ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ وَبَيِّنَةَ الْمُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ.

فإنَّ المشتري من العدوِّ مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدوِّ لِمَا فيها من إثبات الزيادة.

قوله: كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنَّ ابن سماعةَ روىٰ عن محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ البينةَ بينةُ الموكل، لأنَّ الوكيلَ صدرَ منه إقراران بحسب ما يوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بأيِّهما شاءَ، فأمَّا في ظاهر الرواية فقلنا الوكيلُ مع الموكل كالبائع مع المشتري، ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن.

قوله: وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ، يعني أنَّ المشتري من العدوِّ والمولى القديم إذا اختلفا فقد نصَّ في السير الكبير، لأنَّ البينةَ بينة المولى القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لَا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَالِكَ إِلَّا بِفَسْخِ الأَوَّلِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ، هذه طريقةٌ لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في هذه المسئلة حكاها محمدٌ

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَىٰ المُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَىٰ البَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَهُ البَائِعُ وَكَانَ ذٰلِكَ حَطًّا عَنِ المُشْتَرِي) ؛ وَهٰذَا لِأَنَّ الأَمْرَ إِنْ كَانَ عَلَىٰ مَا قَالَ البَائِعُ فَقَدْ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ مَا قَالَ المُشْتَرِي فَقَدْ حَطَّ البَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ، وَهٰذَا الحَطُّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّ التَّمَلُّكَ عَلَىٰ البَائِعِ بِإِيجَابِهِ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ مَا بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِقَوْلِهِ. قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَىٰ البَائِعُ الأَكْثَرَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الآخَرُ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذٰلِكَ، وَإِنْ حَلَفَا يَفْسَخُ القَاضِي البَيْعَ عَلَىٰ مَا عُرِفَ وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ البَائِعِ)

رحمه الله تعالىٰ، والطريقة الثانية حكاها أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ وهي قوله: وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ وَبَيِّنَةَ المُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ، بيانُ هذا أنه إذا قبلت بينة الشفيع وجبَ على المشتري تسليمُ الدار إليه بألفِ شاء أو أبىٰ، وإذا قبلت بينة المشتري لا يجبُ على الشفيع شيءٌ ولكنه يتخيَّر إن شاءَ أخذ وإن شاءَ تركَ، والملزمُ من البينتين مرجحٌ، وبه فارقَ بينة البائع مع المشتري لأنَّ كلَّ واحدة من البينتين هنالكَ ملزمةٌ، وكذلك بينة الوكيل مع الموكل وكل واحدة منهما ملزمةٌ، فلهذا صرنا إلى التَّرجيح بالزيادة، وفي مسئلة المشتري من العدوِّ علىٰ هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لأنَّها ملزمةٌ وبينة المشتري غير ملزمةٍ، كذا في الباب الأول من شفعة المبسوط.

قوله: وَلِأَنَّ التَّمَلُّكَ عَلَى البَائِعِ بِإِيجَابِهِ، أي تملُّك المشتري على البائع بإيجابه، أي بسببِ قوله: بعتُ منكَ، وإن كان سبب التملك في حقِّه قوله: قبلتُ، إلا أنَّ قبوله إنَّما

لِأَنَّ فَسْخَ الْبَيْعِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أَخَذَ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي إنْ شَاءَ وَلَمْ يَلْتَفِتْ إلَىٰ قَوْلِ الْبَائِعِ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَىٰ الثَّمَنَ انْتَهَىٰ حُكْمُ الْعَقْدِ، وَخَرَجَ هُوَ مِنَ الْبَيْنِ وَصَارَ هُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ وَبَقِيَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ غَيْرَ ظَاهِرٍ فَقَالَ الْبَائِعُ بِعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ تَعَلَّقَتِ الشُّفْعَةُ بِهِ، فَبِقَوْلِهِ بَعْدَ ذَٰلِكَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَهُوَ أَلْفٌ لَمْ يُلْتَفَتْ إلَىٰ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ بِالْأَوَّلِ وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِنَ الْبَيْنِ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ.

يصير سببًا لتملُّكه بواسطة إيجاب البائع فيكون البائع أعرفَ بمقدار الثمن من المشتري، فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله.

قوله: لِأَنَّ فَسْخَ الْبَيْعِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ، يعني أنَّ الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهرُ في حقِّ الشفيع لأنَّ القاضي نصب ناظرًا للمسلمين لا مبطلًا لحقوقهم، ولأنَّ الفسخ مقرَّر لحقِّ الشفيع لا رافعٌ، ولهذا ينفسخ العقد الذي جرىٰ بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ تَعَلَّقَتِ الشُّفْعَةُ بِهِ، لأنه أخبَر عن الثمن في حالٍ له ولاية البيان فبنى الحكم عليه، ثمَّ بقوله: قبضت الثمن، يريد إسقاطَ حقِّ الشفيع في الأخذ بما قاله فردَّ عليه، بخلاف ما إذا أقرَّ باستيفاء الثمن أوَّلًا لأنه بذلكَ خرجَ من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِيمَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ

قَالَ: (وَإِذَا حَطَّ البَائِعُ عَنِ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ يَسْقُطُ ذٰلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ، وَإِنْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ لَمْ يَسْقُطْ عَنِ الشَّفِيعِ) لِأَنَّ حَطَّ البَعْضِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ، وَكَذَا إِذَا حَطَّ بَعْدَمَا أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ يَحُطُّ عَنِ الشَّفِيعِ حَتَّىٰ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِذٰلِكَ القَدْرِ، بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ بِحَالٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ. (وَإِنْ زَادَ المُشْتَرِي لِلْبَائِعِ لَمْ تَلْزَمِ الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ) ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الزِّيَادَةِ ضَرَرًا بِالشَّفِيعِ لِاسْتِحْقَاقِهِ الأَخْذَ بِمَا دُونَهَا. بِخِلَافِ الحَطِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لَهُ، وَنَظِيرُ الزِّيَادَةِ إِذَا جَدَّدَ العَقْدَ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ لَمْ يَلْزَمِ الشَّفِيعَ حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا كَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا بِعَرَضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قوله: بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ بِحَالٍ، وذلك لأنَّ حطَّ جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فإمَّا أن يصير العقدَ هبةً ولا شفعةَ للشفيع في الهبة، أو يصير بيعًا بلا ثمنٍ فيكون فاسدًا ولا شفعةَ في البيع الفاسد فيؤدِّي إلىٰ إبطال حقِّ الشفيع.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا بِعَرَضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ، أي بقيمة العرض عندنا،

القِيَمِ (وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ) ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. وَهٰذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وِلَايَةَ التَّمَلُّكِ عَلَىٰ المُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَهُ فَيُرَاعَىٰ بِالْقَدْرِ المُمْكِنِ كَمَا فِي الإِتْلَافِ وَالْعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. (وَإِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقِيمَةِ الآخَرِ) ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ وَهُوَ ذَوَاتُ القِيَمِ فَيَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّىٰ يَنْقَضِيَ الأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذُهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الحَالِ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ذٰلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي

وقال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار دفعًا للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه، ولنا أنَّ الشفيعَ يملكُ بمثل ما يملكُ به المشتري، والمثل نوعان: كاملٌ وهو المثل صورةً ومعنًى، وقاصرٌ وهو المثل معنًى.

قوله: وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ، لقدرته على المثل الكامل لأنَّهما من ذوات الأمثال، وإن اشتراها بعرضٍ أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لأنه من ذوات القيم، ولئن كان بيعُ الشيء بالقيمة فهو في مال البقاء، فصار كما لو استحقَّ أحد العبدين ويعتبر قيمةُ العرض وقت الشراء لا وقت الأخذ بالقيمة.

قوله: وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، وفي الذخيرة: هذا إذا كان الأجلُ معلومًا، فأمَّا إذا كان مجهولًا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك فقال الشفيع: أنا أعْجِل الثمن وآخذها، لم يكن له ذلك لأنَّ الشراء بالأجل المجهول فاسدٌ، وحقُّ الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد.

القَدِيمِ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا وَصْفٌ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِهِ فَيَأْخُذُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزُّيُوفِ. وَلَنَا أَنَّ الأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ أَوِ المُبْتَاعِ، وَلَيْسَ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ المُشْتَرِي رِضًا بِهِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي المَلَاءَةِ، وَلَيْسَ الأَجَلُ وَصْفَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ المُشْتَرِي؛ وَلَوْ كَانَ وَصْفًا لَهُ لَتَبِعَهُ فَيَكُونُ حَقًّا لِلْبَائِعِ كَالثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ شَيْئًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ثُمَّ وَلَّاهُ غَيْرَهُ لَا يَثْبُتُ الأَجَلُ إِلَّا بِالذِّكْرِ كَذَا هٰذَا، ثُمَّ إِنْ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ مِنَ البَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنِ المُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ المُشْتَرِي رَجَعَ البَائِعُ عَلَىٰ المُشْتَرِي بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي جَرَىٰ بَيْنَهُمَا لَمْ يَبْطُلْ بِأَخْذِ الشَّفِيعِ فَبَقِيَ مُوجِبُهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَقَدِ اشْتَرَاهُ مُؤَجَّلًا، وَإِنِ اخْتَارَ الِانْتِظَارَ، لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَلْتَزِمَ زِيَادَةَ الضَّرَرِ مِنْ حَيْثُ النَّقْدِيَّةُ. وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ وَإِنْ شَاءَ

قوله: لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا وَصْفٌ فِي الثَّمَنِ، يُقال: دينٌ مؤجَّلٌ، ودين حالٌّ.

قوله: وَلَيْسَ الأَجَلُ وَصْفَ الثَّمَنِ، لأنَّ الثمنَ للبائع والأجلُ حقُّ المشتري على البائع.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، أي في أواخر باب طلب الشفعة، وهو أنَّ البيع انفسخ في حقِّ المشتري وقام الشفيعُ مقامَ المشتري في حقِّ المشتري في حقِّ إضافة العقد إليه، وبانفساخ العقد يسقطُ الثمنُ عن المشتري.

صَبَرَ حَتَّىٰ يَنْقَضِيَ الأَجَلُ، مُرَادُهُ: الصَّبْرُ عَنِ الأَخْذِ، أَمَّا الطَّلَبُ عَلَيْهِ فِي الحَالِ حَتَّىٰ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الآخَرِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ، وَالْأَخْذُ يَتَرَاخَىٰ عَنِ الطَّلَبِ، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الأَخْذِ فِي الحَالِ بِأَنْ يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالًّا فَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ العِلْمِ بِالْبَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنِ اشْتَرَىٰ ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ دَارًا وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الخَمْرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ) لِأَنَّ هٰذَا البَيْعَ مَقْضِيٌّ بِالصِّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ،

قوله: مُرَادُهُ الصَّبْرُ عَلَى الأَخْذِ، وفي بعض النسخ: عَنِ الأَخْذِ، وهو الصحيح.

قوله: خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى الآخَرِ، وجه قوله الآخر أنَّ الطلب غيرُ مقصودٍ لعينه بل للآخر، وهو في الحال لا يتمكَّنُ من الأخذ فلا فائدةَ في طلبه في الحال، فسكوته لأنه لم يرَ فيه فائدةً لا لإعراضه عن الأخذ، ووجه ظاهر الرواية أنَّ حقه في الشفعة قد يثبت بدليل أنه لو أخذه بثمن حالٍّ كان له ذلك، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطلٌ شفعته.

قوله: وَإِنِ اشْتَرَىٰ ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، قوله: ذميٌّ، احترازٌ عن المسلم، فإنَّ شراء المسلم بما ذكر فاسدٌ لا شفعةَ فيه، وقوله: بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، احترازٌ عمَّا إذا اشترى الذميُّ بميتةٍ أو دمٍ، فإنَّ الشراء بِهما باطلٌ لا شفعةَ فيه، أو عن الشراء بما هو متقوَّمٌ عند الكل فإنَّ الحكمَ لا يختلف فيه بين المسلم والذميِّ.

قوله: وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ، احتَرَز به عن المرتد، فإنَّ المرتد لا شفعةَ له سواءٌ قتل في ردَّته أو ماتَ أو لَحِقَ بدار الحرب، ولا لورثته لأنَّ الشفعة لا تورثُ، هذا إذا كان المرتد شفيعًا،

وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعُمُّ الْمُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ، وَالْخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ لَنَا وَالْخِنْزِيرُ كَالشَّاةِ، فَيَأْخُذُ فِي الْأَوَّلِ بِالْمِثْلِ وَالثَّانِي بِالْقِيمَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ) أَمَّا الخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الخَمْرُ لِامْتِنَاعِ التَّسَلُّمِ وَالتَّسْلِيمِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ فَالْتَحَقَ بِغَيْرِ المِثْلِيِّ، وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا وَذِمِّيًّا أَخَذَ الْمُسْلِمُ نِصْفَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الخَمْرِ وَالذِّمِّيُّ نِصْفَهَا بِنِصْفِ مِثْلِ الخَمْرِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ، فَلَوْ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَخَذَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الخَمْرِ لِعَجْزِهِ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَبِالْإِسْلَامِ يَتَأَكَّدُ حَقُّهُ لَا أَنْ يَبْطُلَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا بِكُرٍّ

وأمَّا إذا كان المرتد بائعًا فقُتِل أو مات أو لَحِقَ بدار الحرب يبطلُ البيع ولم يكن فيه الشفعة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، بخلاف ما إذا اشترى المرتد دارًا لأنَّ توقف العقد عنده لَحِقَ المرتد، فإذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى شرط الخيار للبائع فلا يجبُ فيه الشفعة، وإذا كان المرتدُّ هو المشتري فهذا في معنى شرط الخيار للمشتري فتجبُ الشفعة به للشفيع سواءٌ نقض البيع أو تمَّ، وإن أسْلَم البائع المرتد قبل أن يلحق بدار الحرب جازَ بيعه وللشفيع فيها الشفعة لأنَّ البيع تمَّ وخياره سَقَطَ بإسلامه، هذا التفصيل كله في المرتد، وأمَّا الحربيّ المستأمن في وجوب الشفعة لهُ وعليه في دار الإسلام سواءٌ بمنزلة الذميّ لأنه من جملة المعاملات، وهو قد التزمَ حكم المعاملات مدَّة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذميّ في ذلك، فإن اشترى المستأمن دارًا ولَحِقَ بدار الحرب فالشفيعُ علىٰ شفعته متىٰ لقيه، لأنَّ لحاقه بدار الحرب كموته وموتُ المشتري لا يبطلُ شفعة الشفيع، وإن اشترى المسلم في دار الحرب دارًا وشفيعها مسلمٌ بدارٍ له ثمَّ أسْلَم أهل الدار فلا شفعةَ للشفيع،

مِنْ رُطَبٍ فَحَضَرَ الشَّفِيعُ بَعْدَ انْقِطَاعِهِ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ الرُّطَبِ كَذَا هٰذَا.

لأنَّ حقَّ الشفعةِ من أحكام الإسلام وحكمُ الإسلام لا يجري في دار الحرب، ثم في قوله: وإن اشترى ذميٌّ، أطلق ولم يتعرَّض أنَّ المشترى دارًا أو بيعة أو كنيسة لأنَّ الشفعة تجري في الجميع، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * *

فَصْلٌ: [مُشْتَمل عَلَى مَسائِلَ بِغَيْرِ المَشْفُوعِ]

قَالَ: (وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالْغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِيَ قَلْعَهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُكَلَّفُ القَلْعَ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، إلَّا أَنَّ عِنْدَهُ لَهُ أَنْ يُقْلِعَ وَيُعْطِي قِيمَةَ البِنَاءِ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي البِنَاءِ لِأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَىٰ أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ، وَالتَّكْلِيفُ بِالْقَلْعِ مِنْ أَحْكَامِ العُدْوَانِ وَصَارَ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، وَكَمَا إذَا زَرَعَ المُشْتَرِي

فصل: [مشتمل على مسائل بغير المشفوع]

قوله: وَيُعْطِي قِيمَةَ البِنَاءِ، أي يضمن أرش النقصان والبناء للمشتري، فالحاصلُ أنَّ عند أبي يوسف رحمه الله إن شاء أخذه بقيمة البناء والغرس قائمين على الأرض غير مقلوعين، وإن شاء تركَ، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ له خياراتٌ ثلاثٌ، اثنان ما قاله أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ، والآخران له أن يقلع البناءَ ويضمن أرش النقصان، والتفاوت بين قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ وقولهما في الأمر بالقلع أنَّ عنده يضمن نقصان القلع وعندهما لا يضمن نقصانه، وذكر في التنبيه لأصحاب الشافعي رحمه الله تعالىٰ: أنَّ للشفيع أن يقلع والمقلوع للمشتري، ويضمن الشفيع أرش القلع.

قوله: وَصَارَ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ، يعني أنَّ الموهوب له إذا بنىٰ في الأرض الموهوبة

فَإِنَّهُ لَا يُكَلَّفُ القَلْعَ، وَهٰذَا لِأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخْذِ بِالْقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَىٰ الضَّرَرَيْنِ بِتَحَمُّلِ الأَدْنَىٰ فَيُصَارَ إِلَيْهِ. وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ بَنَىٰ فِي مَحِلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ فَيُنْقَضُ كَالرَّاهِنِ إذَا بَنَىٰ فِي المَرْهُونِ، وَهٰذَا لِأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَىٰ مِنْ حَقِّ المُشْتَرِي لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ وَهٰذَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ وَغَيْرَهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ وَالشِّرَاءِ الفَاسِدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَلِأَنَّ حَقَّ الِاسْتِرْدَادِ فِيهِمَا ضَعِيفٌ وَلِهٰذَا لَا يَبْقَىٰ بَعْدَ البِنَاءِ، وَهٰذَا الحَقُّ يَبْقَىٰ فَلَا مَعْنَىٰ لِإِيجَابِ القِيمَةِ

ليسَ للواهب أن يقلع بناءه ويرجع في الأرض لأنه بناه في ملكه، وكذلك المشتري شراءً فاسدًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وكما إذا زرع المشتري ثمَّ جاء الشفيع فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخْذِ بِالْقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ، أي قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه لا يكلف المشتري قلعَ البناء، لأنَّ في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين، بيانه أنه اجتمعَ ههنا ضرران لأنه في تكليف المشتري القلع ضرر لا جابرَ له، ولو أوْجَبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الأخذ يلزمه ضررُ زيادة الثمن، إلا أنَّ له جابرًا لأنه يدخل في مقابلته في ملكه عوضٌ وهو البناء، والضررُ ببدلٍ أهون من الضرر بغير بدلٍ فيصارُ إليه.

قوله: مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، احترازٌ عن الهبة والشراء الفاسد.

قوله: وَغَيْرَهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ، كما إذا جعل المشتري الأرض مسجدًا أو مقبرةً.

كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالزَّرْعُ يُقْلَعُ قِيَاسًا. وَإِنَّمَا لَا يُقْلَعُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً وَيَبْقَىٰ بِالْأَجْرِ وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ، وَإِنْ أَخَذَ بِالْقِيمَةِ يَعْتَبِرُ قِيمَتَهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصْبِ (وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَىٰ فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِالثَّمَنِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالْغَرْسِ، لَا عَلَىٰ البَائِعِ إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَلَا عَلَىٰ المُشْتَرِي إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيْهِ فَنَزَلَا مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، وَالْفَرْقُ عَلَىٰ مَا هُوَ المَشْهُورُ أَنَّ المُشْتَرِيَ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ وَمُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا غُرُورَ وَلَا تَسْلِيطَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِنَ المُشْتَرِي لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ أَوِ احْتَرَقَ بِنَاؤُهَا أَوْ جَفَّ شَجَرُ البُسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) ....

قوله: وَإِنْ أَخَذَ بِالْقِيمَةِ يَعْتَبِرُ قِيمَتَهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصْبِ، أي إن أخذه الشفيع بالقيمة يعتبر قيمته مستحقَّ القلع، كما ذكر في الغصب.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيْهِ، أي لأنَّ الشفيع متملِّكٌ علىٰ من أخذ منه فينزل الشفيع، ومن أخذ منه منزلة البائع والمشتري إذا بنىٰ واستحقَّت فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع، ووجه المشهور أنَّ حق الرجوع بقيمة البناء إنَّما يثبت لرفع الغرور، والبائعُ التزم السلامةَ للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورًا من جهة البائع ولا غرورَ في حقِّ الشفيع لأنه يملك صاحب اليد جبرًا بغير اختيار منه فلا يرجعُ.

لِأَنَّ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ تَابِعٌ حَتَّىٰ دَخَلَا فِي البَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَلَا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَا لَمْ يَصِرْ مَقْصُودًا وَلِهَٰذَا جَازَ بَيْعُهَا مُرَابَحَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَٰذِهِ الصُّورَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَرِقَ نِصْفُ الأَرْضِ حَيْثُ يَأْخُذُ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ لِأَنَّ الفَائِتَ بَعْضُ الأَصْلِ.

قَالَ: (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَمَلُّكِ الدَّارِ بِمَالِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ نَقَضَ المُشْتَرِي البِنَاءَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنْ شِئْتَ فَخُذِ العَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ لِأَنَّ الهَلَاكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْضَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَفْصُولًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا.

قَالَ: (وَمَنِ ابْتَاعَ أَرْضًا وَعَلَىٰ نَخْلِهَا ثَمَرٌ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا)

قوله: لِأَنَّ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ تَابِعٌ، وهذا لأنَّ قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف، فكان بمنزلة العين في الجارية والعين وصفٌ وفوات الوصف لا يسقط شيئًا من الثمن إذا كان بآفةٍ سماويةٍ، لأنَّ الثمن بمقابلة الأصل دون الوصف، فإن قيل: الطرف إنَّما جعل وصفًا من العبد ونحوه لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصودًا، أمَّا ههنا إيراد العقد على البناء مقصودًا جائزٌ فيجبُ أن يعتبر أصلًا كالعرصة ويجبُ بمقابلته شيءٌ من الثمن؟ قلنا: إنَّما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلع وعند ذلك يصير أصلًا، أمَّا إيراد العقد عليه وهو تبعٌ لا يجوز بمنزلة العين من العبد.

قوله: إنْ شِئْتَ فَخُذِ العَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا، يقسم الثمن علىٰ قيمة الأرض وقيمة البناء يوم وقع الشراء، فيأخذ الأرض بحصَّتها من الثمن.

وَمَعْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ الثَّمَرُ فِي البَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ لَا يَأْخُذُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَأَشْبَهَ المَتَاعَ فِي الدَّارِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الِاتِّصَالِ صَارَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ كَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ. قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنِ ابْتَاعَهَا وَلَيْسَ فِي النَّخِيلِ ثَمَرٌ فَأَثْمَرَ فِي يَدِ المُشْتَرِي) يَعْنِي يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا لِأَنَّ البَيْعَ سَرَىٰ إِلَيْهِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعِ.

قَالَ: (فَإِنْ جَذَّهُ المُشْتَرِي ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لَا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الفَصْلَيْنِ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ وَقْتَ الأَخْذِ حَيْثُ صَارَ مَفْصُولًا عَنْهُ فَلَا يَأْخُذُهُ.

قوله: وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ، كالأبواب، والمفاتيح، والأغلاق، والسلم المركبَّة.

قوله: فَأَثْمَرَ فِي يَدِ المُشْتَرِي، قيَّد بقوله: في يد المشتري، لأنه إذا أثْمَر في يد البائع قبل القبض ثمَّ قبضه المشتري له حصَّة من الثمن، كما إذا كان موجودًا في وقت الشراء.

قوله: عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعِ، الجارية المبيعة إذا ولدت ولدًا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولد أيضًا ملك المشتري كأمِّه.

قوله: فِي الفَصْلَيْنِ جَمِيعًا، أي في فصل ما إذا كان في النخيل ثمرٌ حين وقع الشراء ثمَّ جذّه المشتري، وفي فصل ما إذا لم يكن في النخيل ثمر ووقع الشراء على الأرض والنخيل فأثْمَرَ في يد المشتري ثمَّ جذّه المشتري لا يأخذ الشفيع الثمرَ في الفصلين.

قَالَ فِي الكِتَابِ: (وَإِنْ جَذَّهُ المُشْتَرِي سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - (وَهٰذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي البَيْعِ مَقْصُودًا فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ (أَمَّا فِي الفَصْلِ الثَّانِي يَأْخُذُ مَا سِوَىٰ الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لِأَنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ العَقْدِ فَلَا يَكُونُ مَبِيعًا إِلَّا تَبَعًا فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَهٰذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا ابتاع أرضًا وعلىٰ نخلها ثمرٌ، والله تعالىٰ أعْلم بالصواب.

* * *

بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ

قَالَ: (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا يُقْسَمُ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ دَفْعًا لِمُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَهٰذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لَا يُقْسَمُ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَقَارٌ أَوْ رَبْعٌ» إِلَىٰ غَيْرِ ذٰلِكَ مِنَ العُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ سَبَبُهَا الِاتِّصَالُ فِي المِلْكِ وَالْحِكْمَةَ دَفْعُ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ القِسْمَيْنِ مَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ وَهُوَ الحَمَّامُ وَالرَّحَىٰ وَالْبِئْرُ وَالطَّرِيقُ.

باب ما تجبُ فيه الشفعة وما لا تجبُ فيه

قوله: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ، وهو كلُّ ما له أصلٌ من دارٍ أو ضيعة، والربع الدار حيثُ كانت في المصر أو القرىٰ.

قوله: وَمَا لَا يُقْسَمُ وَهُوَ الحَمَّامُ وَالرَّحَىٰ وَالْبِئْرُ وَالطَّرِيقُ، أي لا يحتمل القسمةَ، أي لو قسم قسمةً حسيَّةً لا ينتفعُ بِها كالحمام والرُّحىٰ أي بيت الرحىٰ مع الرحىٰ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا شفعةَ فيما لا يقسم، والخلاف بيننا وبينه راجعٌ إلىٰ أصلٍ وهو أنَّ من أصل الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ الأخذَ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذلك لا يتحقَّقُ فيما لا يحتملُ القسمةَ، وعندنا لدفع ضرر التأذِّي بسوء المجاورة على الدوام، وذلك فيما لا يحتملُ القسمةَ موجودٌ لاتِّصال أحد الملكين بالآخر علىٰ وجه

قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي العُرُوضِ وَالسُّفُنِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ فِي إِيجَابِهَا فِي السُّفُنِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَىٰ الدَّوَامِ، وَالمِلْكُ فِي المَنْقُولِ لَا يَدُومُ حَسَبَ دَوَامِهِ فِي العَقَارِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ، وَفِي بَعْضِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: وَلَا شُفْعَةَ فِي البِنَاءِ وَالنَّخْلِ إِذَا بِيعَتْ دُونَ العَرْصَةِ وَهُوَ صَحِيحٌ مَذْكُورٌ فِي الأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَا قَرَارَ لَهُ فَكَانَ نَقْلِيًّا، وَهٰذَا بِخِلَافِ العُلُوِّ حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ وَيُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي السُّفْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ، لِأَنَّهُ بِمَا لَهُ مِنْ حَقِّ القَرَارِ التَحَقَ بِالعَقَارِ.

التأبيد والقرار.

قوله: إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ، في المغرب: الحائطُ البستان، وأصله ما أحاطَ به.

قوله: بِخِلَافِ العُلُوِّ حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ، يتعلَّق بقوله: ولا شُفعة في البناء، والعلو مجرَّد بناء فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة إلا أنه التحق بالعقار.

قوله: إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ، أي في السفل، هذا لبيان أنَّ استحقاق الشفعة بالعلوِّ بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليسَ هو لنفي الشفعة إذا كان له طريقٌ في السفل بل إذا كان له طريقٌ في السفل كان استحقاق صاحب العلو الشفعةَ في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار، حتَّىٰ إنه يكون مقدَّمًا على الجار، كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريقٌ في دارِ رجلٍ صار صاحب الدار التي فيها الطريق أَوْلىٰ من صاحب الدار التي عليها العلوُّ، لما مرَّ أنَّ الشريك في الطريق مقدَّمٌ على الجار.

قَالَ: (وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ) لِلْعُمُومَاتِ وَلِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي السَّبَبِ وَالْحِكْمَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَلِهٰذَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَالْبَاغِي وَالْعَادِلُ وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مُكَاتَبًا.

قَالَ: (وَإِذَا مَلَكَ العَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ مُرَاعَاةُ شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَ بِهِ المُشْتَرِي صُورَةً

قوله: وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا شفعةَ للذميّ لأنَّ الأخذَ بالشفعة رِفْقٌ شرعيٌّ فلا يثبتُ لمن هو منكرٌ لهذه الشريعة وهو الكافر، ولكن نأخذُ بما قضىٰ به شريحٌ رحمه الله تعالىٰ، وقد تأيّد ذلك بإمضاء عُمر رضي الله عنه، ثمَّ أهل الذمة قد التزموا أحكامَ الإسلام فيرجعُ إلى المعاملات، والأخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروعٌ لدفع الضرر عن الشفيع والضررُ مدفوعٌ عنهم كما هو مدفوعٌ عن المسلمين.

قوله: وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ، أي سواءٌ وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا شفعةَ للصغير لأنَّ وجوبَها لدفع ضرر التأذِّي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار، ولأنَّ الصغيرَ في الجوار تبعٌ فهو في معنى المستعير والمستأجر، ولكنَّا نقول سببُ الاستحقاق متحقِّقٌ في حقِّ الصغير وهو الشركة أو الجوار، ثمَّ هو محتاجٌ إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وإن لم يكن محتاجًا إلىٰ ذلك في الحال، وكذلك تثبت الشفعة عندنا للجنين أيضـًا.

قوله: وَالْعَبْدُ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا، وهذا إذا كان بائع الدار غير المولىٰ، فالمسئلة مجرى علىٰ عمومها، أمَّا إذا كان البائعُ مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة إذا كان عليه دينٌ، وإلا فلا، وعلىٰ هذا لو باع العبدُ ومولاه شفيعها فإن لم يكن عليه دينٌ فلا شفعةَ للمولىٰ لأنَّ بيع العبد وقعَ له، وإن كان عليه دينٌ فله الشفعة لأنَّ بيعه كان لغرمائه.

أَوْ قِيمَةً عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالِعُ المَرْأَةَ بِهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ غَيْرَهَا أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ أَوْ يَعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا) لِأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُبَادَلَةِ المَالِ بِالْمَالِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهٰذِهِ الأَعْوَاضُ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ، فَإِيجَابُ الشُّفْعَةِ فِيهَا خِلَافُ المَشْرُوعِ وَقَلْبُ المَوْضُوعِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِأَنَّ هٰذِهِ الأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُ فَأَمْكَنَ الأَخْذُ بِقِيمَتِهَا إِنْ تَعَذَّرَ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي البَيْعِ بِالْعَرْضِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ لِأَنَّهُ لَا عِوَضَ فِيهَا رَأْسًا، وَقَوْلُهُ يَتَأَتَّىٰ فِيمَا إِذَا جَعَلَ شِقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا أَوْ مَا يُضَاهِيهِ لِأَنَّهُ لَا شُفْعَةَ

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، أي في فصل ما يُؤخذ به المشفوع في قوله: ومن اشترىٰ دارًا بعرض أخذها الشفيعُ بقيمته.

قوله: لِأَنَّ هٰذِهِ الأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُ، أي عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ التقوُّمَ حكمٌ شرعيٌّ، والشرع جعل هذه الأشياء مضمونةً بهذه الأعواض وضمانُ الشيء قيمة ذلك الشيء، ألا يرىٰ أنَّ الشرعَ جعلَ المهرَ قيمةَ البضع، وكذا المنافع متقوِّمةٌ عنده كالأعيان، فإذا جعل الدار عوضًا عن البضع أو نحوه وقد تعذَّر على الشفيع الأخذُ به فله أن يأخذ بقيمته وهو مهر المثل، كما لو اشترىٰ بعبدٍ، وقول الشافعي رحمه الله تعالىٰ إنَّما يتأتَّىٰ فيما إذا جعل شقصًا من دار مهرًا لأنه لا يرى الشفعة بالجوار.

قوله: أَوْ مَا يُضَاهِيهِ، أي ما يضاهي المهر كبدل الخلع والأجرة إذا جعل شقصًا من داره بدلَ الخلع والأجرة، ونحن نقول: أنَّ تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها

عِنْدَهُ إِلَّا فِيهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضْعِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهَا بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ضَرُورِيٌّ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشُّفْعَةِ، وَكَذَا الدَّمُ وَالْعِتْقُ غَيْرُ مُتَقَوَّمٍ لِأَنَّ القِيمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي المَعْنَىٰ الخَاصِّ المَطْلُوبِ وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ مَهْرٍ ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْرًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَفْرُوضِ فِي العَقْدِ فِي كَوْنِهِ مُقَابِلًا بِالْبُضْعِ،

ضروريٌّ، والحجَّة عليه في الثلاثة الأوَّل أن تقومَ منافع البضع بالعقود ضروريٌّ فلا يظهرُ في حقِّ الشفعة، وهذا لأنَّ المالَ ليسَ بمثلٍ للمستحقِّ بعقد النكاح لا صورةً ولا معنًى فلم يصلح قيمةً له، لأنَّ قيمة الشيء ما يقومُ مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص، وهذا المعنىٰ لا يتحقَّقُ بين المال وبين المستحقِّ بعقد النكاح، غير أنَّ الشرعَ جعل ملك النكاح مضمونًا بالمهر إبانةً لخطره، وإعظامًا لقدره، وصونًا لهذا العقد عن التشبه بالإباحة، فظَهَر تقوُّمه في حقِّ هذا المعنىٰ خاصَّةً على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهرُ معنى التقوُّم في حقِّ الشفيع، وكذا المنافعُ ليست بأموالٍ عندنا، ولهذا لا يضمن بالغصب والإتلاف علىٰ ما مرَّ في الغصب، وإنَّما يظهرُ تقوُّمها في العقد للضرورة فلا يظهرُ في غيره، وفي الرابع والخامس أنَّ كل واحد من العتق والدم ليسَ بمالٍ فضلًا أن يكون متقوَّمًا، أمَّا العتق فلأنَّه إزالةٌ وإسقاطٌ، وأمَّا الدم فلأنه ليسَ من جنس الأموال وإيجاب الدية لصيانته عن الإهدار.

قوله: فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ، وهو المالية، فإن قيل: الدارُ تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنىٰ، وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحرِّ والبرد يضمن بالقيمة؟ قلنا: بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية، ألا ترىٰ أنَّ من أتْلَف ثوب إنسانٍ أو قلع بناءَ دار إنسان يضمنُ قيمتها، ولا ذلك إلَّا باعتبار المالية، وقد

بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهْرِ المِثْلِ أَوْ بِالْمُسَمَّىٰ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ دَارٍ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا فَلَا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الأَلْفِ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ. وَهُوَ يَقُولُ مَعْنَىٰ البَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ وَلِهٰذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ النِّكَاحِ فِيهِ، وَلَا شُفْعَةَ فِي الأَصْلِ فَكَذَا فِي التَّبَعِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ شُرِعَتْ فِي المُبَادَلَةِ المَالِيَّةِ المَقْصُودَةِ حَتَّىٰ إِنَّ المُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ المَالِ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ لِكَوْنِهِ تَابِعًا فِيهِ.

لا تكون الدار للسكنىٰ والثوب للبس.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهْرِ المِثْلِ، يعني تجبُ الشفعة، فإن قيل: كيف يأخذها والبيع فاسدٌ لجهالة مهر المثل؟ قلنا: جاز أن يكون معلومًا عندهما، ولأنه جهالةٌ في الساقط فلا يفضي إلى المنازعة فلا يفسد البيع.

قوله: فَلَا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ، أي في شيءٍ من الدار.

قوله: حَتَّىٰ أَنَّ المُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ المَالِ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ، أي في حصَّة ربح المضاربة لكونه بائعًا، صورته إذا كان رأسُ المال ألفًا فاتَّجر المضاربُ وربح ألفًا، ثمَّ اشترىٰ بألفين دارًا وربُّ المال شفيعها، ثمَّ باع الدار بالألفين فإنَّ رب المال لا يستحقُّ الشفعةَ في حصة المضارب من الربح، باعتبار أنَّ الربح تبعٌ لرأس المال وليسَ في مقابلة رأس المال شفعةٌ لربِّ المال، لأنَّ البيعَ كان لربِّ المال لأنَّ المضاربَ وكيلٌ لربِّ المال في حقه، وليسَ في بيع الوكيل شفعةٌ للموكل فكذا في حصة

قَالَ: (أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰكَذَا ذُكِرَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ، وَالصَّحِيحُ أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ مَكَانَ قَوْلِهِ أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ بَقِيَ الدَّارُ فِي يَدِهِ فَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّهَا لَمْ تَزُلْ عَنْ مِلْكِهِ، وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِسُكُوتٍ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَذَلَ المَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَقَطْعًا لِشَغَبِ خَصْمِهِ، كَمَا إِذَا أَنْكَرَ صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِالْمِلْكِ لِلْمُدَّعِي، وَإِنَّمَا اسْتَفَادَهُ بِالصُّلْحِ فَكَانَ مُبَادَلَةً مَالِيَّةً. أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ أَوْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ فَيُعَامَلَ بِزَعْمِهِ.

الربح، وهذا بخلاف ما إذا اشترى المضاربُ دارًا وربُّ المال شفيعها بدارٍ له أخرىٰ فله أن يأخذ الشفعة لأنَّ شراء المضارب وإن وقعَ له ولكن في الحكم كأنه مالٌ ثالثٌ، ألا يرىٰ أنه لا يقدرُ أن ينزعه من يده فيكون له، وذكر محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في المسئلة الأولىٰ: وليسَ إذا كان ربُّ المال لا يملك نَهْيه عن البيع ما يدلُّ علىٰ أنَّ المضارب ليسَ بوكيل بالبيع من جهته، ألا ترىٰ أنَّ رجلًا لو رَهَن من آخرٍ دارًا وسلطَ العدل علىٰ بيعها إذا حلَّ أجل الدين حتى يستوفي الدين من الثمن لم يكن للراهن أن ينها عن البيع، وإن باعها العدل والراهن شفيعها بدارٍ له أخرىٰ لم يكن للراهن أن يأخذها بالشفعة، لأنَّ العدل وكيلُ الراهن بالبيع مع أنَّ الراهنَ لا يملك نَهيه عن البيع.

قوله: إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ، أي من جنس حقِّه، أي إذا لم يكن الصلح علىٰ بعض

قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ) لِمَا ذَكَرْنَا، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ) لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً، وَلَا بُدَّ مِنَ القَبْضِ وَأَنْ لَا يَكُونَ المَوْهُوبُ وَلَا عِوَضُهُ شَائِعًا لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هِبَةٌ مُطْلَقَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ أُثِيبَ مِنْهَا فَامْتَنَعَ الرُّجُوعُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ) لِأَنَّهُ يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ عَنِ البَائِعِ (فَإِنْ أَسْقَطَ الخِيَارَ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ عَنِ الزَّوَالِ وَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّ البَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لِزَوَالِ المِلْكِ عِنْدَ ذٰلِكَ. (وَإِنِ اشْتَرَىٰ بِشَرْطِ الخِيَارِ وَجَبَ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ عَنِ البَائِعِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالشُّفْعَةُ تُبْتَنَىٰ

المدَّعىٰ به، لأنه حينئذٍ يكون آخذًا عينَ حقِّه في زعمه فلا شفعةَ.

قوله: وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا، يريدُ به قوله: ولأنَّ الشفعة شُرِعَت في المبادلة المالية، وقوله: بخلاف الهبة لأنه لا عوضَ فيها رأسًا.

قوله: وَلَا بُدَّ مِنَ القَبْضِ، وهذا عندنا، خلافًا لزُفرَ رحمه الله تعالىٰ، فإنه إذا وهبَ لرجل دارًا علىٰ أن يهب له الآخر ألفَ درهمٍ فلا شفعةَ للشفيع ما لم يتقابلا، وبعد التَّقابض يجبُ للشفيع فيها الشفعة، وعلىٰ قول زُفَر رحمه الله تعالىٰ تجبُ الشفعة قبل التقابض، وهو بناءٌ علىٰ ما بيَّنا في كتاب الهبة أنَّ الهبة بشرط العوض عنده بيعٌ ابتداءً وانتهاءً، وعندنا هبة ابتداءً وبمنزلة البيع إذا اتَّصل به القبض من الجانبين.

قوله: وَالشُّفْعَةُ تُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ - أي علىٰ زوال ملك البائع - عَلَىٰ مَا مَرَّ، أي في أوائل

عَلَيْهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثُّلُثِ وَجَبَ البَيْعُ لِعَجْزِ المُشْتَرِي عَنِ الرَّدِّ، وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ، وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ إِلَىٰ جَنْبِهَا وَالْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا لِلْبَائِعِ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ فِي الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي، وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي البُيُوعِ فَلَا نُعِيدُهُ، وَإِذَا أَخَذَهَا كَانَ إِجَازَةً مِنْهُ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا حَيْثُ لَا يَبْطُلُ

كتاب الشفعة في قوله: والشفعة تجبُ بعقد البيع، إلىٰ أن قال: والوجهُ فيه أنَّ الشفعة إنَّما تجبُ إذا رغب البائع عن ملك الدار.

قوله: وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثُّلُثِ، إنَّما قيَّد بالثلث لتكون المسئلة على الاتفاق.

قوله: وَجَبَ البَيْعُ، أي تقرَّر البيع الذي جرىٰ بين البائع والمشتري بشرط الخيار، وإنَّما ذكر هذا لأنَّ المشتري بشرط الخيار لو ردَّ البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقَّق، بل انفسخ من الأصل فحينئذٍ لا يتمكَّنُ الشفيع من طلب الشفعة، لأنَّ هذا ليسَ ما قاله، بل انفساخٌ من الأصل فكان السبب منعدمًا في حقِّه من الأصل.

قوله: وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي البُيُوعِ، وهو قوله: ومن اشترىٰ علىٰ أنه بالخيار فبيعت دارٌ إلىٰ جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا، لأنَّ طلب الشفعة يدلُّ على اختياره الملك إلىٰ أن قال: وهذا التقريرُ يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ خاصَّةً، والإشكال أنَّ المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدَّة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك، ولهذا لا يستحقُّه المستأجر والمستعير، والجوابُ أنَّ المشتري صار أحقَّ بِها مع خياره، وذلك يكفي لثبوت حقِّ الشفعة، كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دارٌ بجنب داره.

خِيَارُهُ بِأَخْذِ مَا بِيعَ بِجَنْبِهَا بِالشُّفْعَةِ، لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الإِبْطَالِ فَكَيْفَ بِدَلَالَتِهِ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الأُولَىٰ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ لِانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الأُولَىٰ حِينَ بِيعَتِ الثَّانِيَةُ.

قَالَ: (وَمَنِ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا) أَمَّا قَبْلَ القَبْضِ فَلِعَدَمِ زَوَالِ مِلْكِ البَائِعِ، وَبَعْدَ القَبْضِ لِاحْتِمَالِ الفَسْخِ، وَحَقُّ الفَسْخِ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ الفَسَادِ، وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي البَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صَارَ أَخَصَّ بِهِ تَصَرُّفًا وَفِي البَيْعِ الفَاسِدِ مَمْنُوعٌ عَنْهُ.

قَالَ: (فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسْخِ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ) لِزَوَالِ المَانِعِ، وَإِنْ بِيعَتْ

قوله: وَبَعْدَ القَبْضِ لِاحْتِمَالِ الفَسْخِ، لأنَّ كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقضُ مستحقٌّ حقًّا لله تعالىٰ، وفي إثبات الشفعة إسقاطُ حقِّ الفسخ، وفيه تقريرُ الفساد فلا يجوز لإفضائه إلى التَّناقض.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي البَيْعِ الصَّحِيحِ، حيثُ يثبتُ له الشفعة مع احتمال الفسخ، لِأَنَّهُ صَارَ أَخَصَّ بِهِ تَصَرُّفًا، وفي الفساد ممنوعٌ عنه.

قوله: فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسْخِ، بأن باع المشتري من آخرٍ وَجَبت الشفعة لأنَّ امتناع حقِّ الشفعة إنَّما كان لثبوت حقِّ الفسخ، فإذا سقطَ حقُّ الفسخ وجبت الشفعة، وللشفيع أن يأخذ بالبيع الثانِي بالثمن المذكور، أو ينقض البيع الثانِي ويأخذه بالبيع الأول بقيمته، فإن قيل: إذا نقض البيع الثانِي صار كأن لم يكن فيعودُ حقُّ البائع في النقض فلا يكون للشفيع حقُّ الأخذ كما قبل البيع الثاني لأنه منتقضٌ من الأصل؟ قلنا: أن البيع الثانِي صحيحٌ مزيلٌ

دَارٌ بِجَنْبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَىٰ المُشْتَرِي فَهُوَ شَفِيعُهَا لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ. ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ البَائِعُ قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ كَمَا إِذَا بَاعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعْدَهُ لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَبَقِيَتِ المَأْخُوذَةُ بِالشُّفْعَةِ عَلَىٰ مِلْكِهِ، وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا البَائِعُ مِنَ المُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ لِانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَنِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الحُكْمِ بَقِيَتِ الثَّانِيَةُ عَلَىٰ مِلْكِهِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالْقِسْمَةِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَىٰ الإِفْرَازِ وَلِهٰذَا يَجْرِي فِيهَا الجَبْرُ؛ وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَتْ إِلَّا فِي المُبَادَلَةِ المُطْلَقَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا المُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ) لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَعَادَ إِلَىٰ قَدِيمِ مِلْكِهِ وَالشُّفْعَةُ فِي إِنْشَاءِ العَقْدِ، وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا بَيْنَ القَبْضِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ رَدَّهَا بِعَيْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ تَقَايَلَا البَيْعَ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ فَسْخٌ فِي حَقِّهِمَا لِوِلَايَتِهِمَا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا وَقَدْ

لملك المشتري وإنَّما ينتقضُ لحقِّ الشفيع، فما يكون من مقتضيات حقِّ الشفيع لا يصلحُ أن يكون مبطلًا حقَّه في الأخذ بالشفعة، لأنَّ انتقاض البيع الثاني إنَّما كان لحقِّ الشفيع فلا يثبت الانتقاضُ علىٰ وجهٍ يبطلُ به حقُّ الشفعة.

قَصَدًا الفَسْخَ وَهُوَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ لِوُجُودِ حَدِّ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي وَالشَّفِيعُ ثَالِثٌ، وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ لِأَنَّ قَبْلَهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ عَلَىٰ مَا عُرِفَ؛ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَهُوَ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمَعْنَاهُ: لَا شُفْعَةَ بِسَبَبِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالْفَتْحِ عَطْفًا عَلَى الشُّفْعَةِ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحْفُوظَةٌ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ يَثْبُتُ فِي القِسْمَةِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، وَهٰذَا المَعْنَىٰ مَوْجُودٌ فِي القِسْمَةِ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّ قَبْلَهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ، أي قبل القبض فسخٌ من كل وجهٍ، وإن كان بغير قضاءٍ لعدم تمام الملك، ولهذا ينفردُ الرادُّ به من غير أن يحتاج إلىٰ رضا صاحبه أو قضاءِ قاضٍ.

قوله: وَلَا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالْفَتْحِ عَطْفًا عَلَى الشُّفْعَةِ، في الكافي للنسفي رحمه الله تعالىٰ: وصحَّح شمس الأئمة السرخسي الروايةَ بالفتح أيضًا وقال: لا يثبتُ خيار الرؤية في القسمة سواءٌ كانت القسمة بقضاءٍ أو برضاءٍ، وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ

قَالَ: (وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ بِالْبَيْعِ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَىٰ ذٰلِكَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) لِإِعْرَاضِهِ عَنِ الطَّلَبِ وَهٰذَا لِأَنَّ الإِعْرَاضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ القُدْرَةِ (وَكَذٰلِكَ إِنْ أَشْهَدَ فِي المَجْلِسِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَىٰ أَحَدِ المُتَبَايِعَيْنِ وَلَا عِنْدَ العَقَارِ) وَقَدْ أَوْضَحْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَىٰ عِوَضٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ العِوَضَ) لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي المَحِلِّ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ حَقِّ التَّمَلُّكِ فَلَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالْجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ فَبِالْفَاسِدِ أَوْلَىٰ فَيَبْطُلَ الشَّرْطُ وَيَصِحَّ الإِسْقَاطُ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ بِمَالٍ لِمَا

باب ما تبطل به الشفعة

قوله: وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ، أي طَلَبَ المواثبةَ وهو يقدر علىٰ ذلك بأن لم يأخذ أحد فمه أو لم يكن في الصلاة.

قوله: لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي المَحِلِّ، احتَرَز به عن القصاص بل هو مجرَّدُ حقِّ التملُّك ولا تعلُّق له بالمحلِّ، وإنَّما يظهرُ أثره في فعله، والاعتياض عن الفعل لا يصحُّ فيجبُ ردُّ العرض ويبطل الحقُّ في الشفعة.

قوله: وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالْجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ فَبِالْفَاسِدِ أَوْلَىٰ، بيانه أنه لو قال

بَيَّنَّا، بِخِلَافِ القِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ، وَبِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنْ مِلْكٍ فِي المَحِلِّ، وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ اخْتَارِينِي بِأَلْفٍ أَوْ قَالَ العِنِّينُ لِامْرَأَتِهِ اخْتَارِي تَرْكَ الفَسْخِ بِأَلْفٍ فَاخْتَارَتْ سَقَطَ الخِيَارُ وَلَا يَثْبُتُ العِوَضُ، وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي أُخْرَىٰ: لَا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ وَلَا يَجِبُ المَالُ وَقِيلَ هٰذِهِ رِوَايَةٌ

الشفيع: أسقطتُ شفعتي فيما اشتريتَ علىٰ أن تسقط شفعتك فيما اشتريتُ، فإنه يسقطُ شفعته وإن لم يسقط المشتري شفعته فيما اشترى الشفيع، فعُلم أنَّ إسقاط الشفعة لا يتعلَّقُ بالشرط الجائز، وإنَّما قلنا هذا شرطٌ جائزٌ لأنه شرطٌ ملائمٌ يمكن تحقُّقه، حتَّىٰ لو تراضيا علىٰ ذلك يسقطُ حقُّ كلِّ واحد منهما في الشفعة، وإسقاط الشفعة بالعوض المال شرطٌ فاسدٌ لأنه غير ملائمٍ لأنه اعتياضٌ عن مجرَّد الحقِّ في المحلِّ وهو حرامٌ ورشوةٌ، وإذا لم يتعلَّق يبطل الشرط ويصحُّ الإسقاط، وكذا لو باعَ الشفعة من البائع أو من المشتري بمالٍ لأنَّ البيعَ تمليكُ مالٍ بمالٍ وحقُّ الشفعة لا يتحمَّل التمليكَ فصارَ كلامه عبارةً عن الإسقاط مجازًا، كبيع الزوج زوجته من نفسها، هذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح وعن إسقاط الرقِّ بالعتق لأنَّ ذلك كله ملكٌ متقرِّرٌ في المحل، أمَّا ملك النكاح وملك العبد فظاهرٌ، وكذا القصاص لأنه ملكُ المحلِّ في القتل، ولهذا يتمكَّنُ من استيفائه بلا قضاءٍ ورضاءٍ فكان اعتياضًا عن ملكٍ في المحل فيصحُّ.

قوله: وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، أي تبطلُ الكفالة ولا يثبتُ العوض وهو الأصحُّ، وفى الأخرىٰ لا تبطلُ الكفالة ولا يجبُ المال، وقيل: هذه روايةٌ في الشفعة، وقيل: هيَ في الكفالة خاصَّةً، والفرقُ أنَّ الشفعة تبطلُ بالأعراض، بخلاف الكفالة، وفي الإيضاح: لا تبطلُ الكفالة لأنَّ الكفالةَ بالنفس سببٌ لحصول المال فشابهَ الحقَّ في المال من هذا الوجه فإذا لم يرضَ ببطلانه مجانًا لا تبطلُ.

فِي الشُّفْعَةِ، وَقِيلَ هِيَ فِي الكَفَالَةِ خَاصَّةً وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُورَثُ عَنْهُ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ بَعْدَ البَيْعِ قَبْلَ القَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ بَعْدَ قَضَاءِ القَاضِي قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَقَبْضَهُ فَالْبَيْع لَازِمٌ لِوَرَثَتِهِ، وَهٰذَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ، وَلِأَنَّهُ بِالْمَوْتِ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ دَارِهِ وَيَثْبُتُ المِلْكُ لِلْوَارِثِ بَعْدَ البَيْعِ وَقِيَامُهُ وَقْتَ البَيْعِ وَبَقَاؤُهُ لِلشَّفِيعِ إِلَىٰ وَقْتِ القَضَاءِ شَرْطًا فَلَا يَسْتَوْجِبُ الشُّفْعَةَ بِدُونِهِ (وَإِنْ مَاتَ المُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلْ) لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ بَاقٍ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ سَبَبُ حَقِّهِ،

قوله: وَهٰذَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ، أي لا يورثُ خيار الشرط عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يورثُ فكذلك في الشفعة، وجه الإلحاق به ما ذكره في الإيضاح أنَّ الثابت للشفيع حقُّ أن يتملَّك، فظهرَ أثر هذا الحقِّ في أن يتخيَّر بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ والإرث لا يجري في الخيار، وفي المبسوط: فإنَّ عنده كما تورث الأملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاضُ عنها بالمال، وما لا يعتاض في ذلك سواءٌ بطريق أنَّ الوارثَ يقومُ مقام المورث فإنَّ حاجة الوارث كحاجة المورِث، ونحن نقول: مجرَّد الرأي والمشيئة لا يجري فيه الإرث لأنه لا يبقىٰ بعد موته ليخلف الوارث فيه والثابتُ له بالشفعة مجرَّد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك.

قوله: وَإِنْ مَاتَ المُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلْ، لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ بَاقٍ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ سَبَبُ حَقِّهِ، بخلاف موت الشفيع فإنَّ السبب الذي كان يأخذُ به الشفعةَ يزولُ بموته وهو ملكه، وقيام السبب إلىٰ وقت الأخذ شرطٌ، ولهذا لو باعَ ملكه قبل أن يأخذ المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذا إذا زالَ بموته والثابتُ للوارث جوارٌ أو شركةٌ حادثٌ بعد

وَلَا يُبَاعُ فِي دَيْنِ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، وَلَوْ بَاعَهُ الْقَاضِي أَوْ الْوَصِيُّ أَوْ أَوْصَىٰ الْمُشْتَرِي فِيهَا بِوَصِيَّةٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُبْطِلَهُ وَيَأْخُذَ الدَّارَ لِتَقَدُّمِ حَقِّهِ وَلِهٰذَا يُنْقَضُ تَصَرُّفُهُ فِي حَيَاتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يُشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَىٰ لَهُ بِالشُّفْعَةِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) لِزَوَالِ سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ بِمِلْكِهِ وَلِهٰذَا يَزُولُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا أَوْ إِبْرَاءً عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِهِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ دَارِهِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الِاتِّصَالُ.

قَالَ: (وَوَكِيلُ الْبَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ الْمُشْتَرِي إِذَا ابْتَاعَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَنْ بَاعَ أَوْ بِيعَ لَا شُفْعَةَ لَهُ، وَمَنِ اشْتَرَىٰ

البيع فلا يستحقُّ به الشفعة.

قوله: وَلِهٰذَا يَزُولُ بِهِ - أي ببيع ما يشفع به - وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَة، وإن لم يكن أعراضًا فلأَن يزول مع كونه أعراضًا أَوْلىٰ.

قوله: كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا، أي إذا سلَّم الشفيعُ الشفعةَ بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائزٌ، سواءٌ كان المشتري حاضرًا أو غائبًا لأنه إسقاطٌ فلا يتوقَّفُ على العلم كالطلاق.

قوله: أَوْ إِبْرَاءً عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِهِ، أي لو أبرأ ربُّ الدين المديون وهو لا يعلم بأنَّ له عليه دينًا يصحُّ الإبراء.

أَوْ أُبْتِيعَ لَهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ الأَوَّلَ بِأَخْذِ المَشْفُوعَةِ يَسْعَىٰ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ البَيْعُ، وَالْمُشْتَرِي لَا يُنْقَضُ شِرَاؤُهُ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ مِثْلُ الشِّرَاءِ (وَكَذٰلِكَ لَوْ ضَمِنَ الدَّرْكَ عَنِ البَائِعِ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ) وَكَذٰلِكَ إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ فَأَمْضَىٰ المَشْرُوطُ لَهُ الخِيَارُ البَيْعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، لِأَنَّ البَيْعَ تَمَّ بِإِمْضَائِهِ، بِخِلَافِ جَانِبِ المَشْرُوطِ لَهُ الخِيَارُ مِنْ جَانِبِ المُشْتَرِي.

قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ وَلَهُ

قوله: لِأَنَّ الأَوَّلَ - أي من باعَ أو بيع له أن يأخذ المشفوعة - ... يَسْعَىٰ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ البَيْعُ، أمَّا البائعُ فلأنه بائعٌ حقيقةً، وأمَّا الوكيلُ فتمام البيعُ به أيضًا لأنه لولا توكيله لمَا جازَ بيعه، وكذا تمام البيع بإجازة من شرط له البائع الخيار وضمانُ الدَّرك تقريرٌ للبيع فكان ضامنًا منه كالبائع، ومن ابتاع أو ابتيع له وأجازه فله الشفعة لأنَّ الأخذ بالشفعة ضربٌ من الشراء فلا يناقضُ كونه مشتريًا فلا يصيرُ ساعيًا في نقضِ ما تمَّ منه، ولأنَّ الشفعة إنَّما تبطلُ بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار الرغبة فيها، والشراء إظهار الرغبة في المشتراة فلا يكون إبطالًا للشفعة، وأمَّا البيع فإظهار الرغبة عنه فيكون إبطالًا للشفعة.

قوله: أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ، وتعليله بقوله: وَلِتَعَذُّرِ الجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ، يدلُّ علىٰ أنه لو كانت قيمة الحنطة أو الشعير أقلَّ من الألف يبطل التسليم أيضًا، وفي الذخيرة: فلو أُخْبَرَ أنَّ الثمن شيءٌ هو من ذوات القيم فسلم ثمَّ

الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ لِاسْتِكْثَارِ الثَّمَنِ فِي الْأَوَّلِ وَلِتَعَذُّرِ الْجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسُّرِ مَا بِيعَ بِهِ فِي الثَّانِي إِذِ الْجِنْسُ مُخْتَلِفٌ، وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِيمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ

ظَهَر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو علىٰ شفعته، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، ثمَّ قال: فعلىٰ هذا القياس لو أخبر أنَّ الثمن ألفَ درهمٍ ثمَّ ظهر أنَّه مكيلٌ أو موزونٌ فهو علىٰ شفعته علىٰ كلِّ حالٍ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، أي لا يبطل تسليمه، وفي الذخيرة: ولو أخبَر أنَّ الثمنَ شيءٌ من ذوات القيم فسلم ثمَّ ظهرَ أنه شيءٌ آخر من ذوات القيم، بأن أخبَر أنَّ الثمن دارٌ فإذا الثمن عبدٌ، فجوابُ محمد رحمه الله تعالىٰ أنه علىٰ شفعته من غير فصلٍ، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: هذا الجوابُ صحيحٌ فيما إذا كان قيمة ما ظَهَر أقلَّ من قيمة ما أخبَر، وغير صحيحٌ فيما إذا كان قيمة ما ظَهَر مثل قيمة ما أخبَر، لأنَّ الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع إنَّما يأخذ الدارَ بقيمة الثمن دراهم أو دنانير، فكأنه أخبر أنَّ الثمن ألف درهم أو مائة دينارٍ فسلمه ثمَّ ظهر أنَّ الثمن مثل ما أخبر أو أكثر، وهناكَ كان التسليمُ صحيحًا ولا شفعةَ له، ولو ظهرَ أنه أقلَّ ممَّا أخْبَر به كان علىٰ شفعته كذا ههنا، فلو كان على العكس بأن أخْبَر أنَّ الثمن عبدٌ قيمته ألفَ درهمٍ أو ما أشْبَه ذلك من الأشياء التي هيَ من ذوات القيم ثمَّ ظهر أنَّ الثمن دراهمَ أو دنانيرَ فجوابُ محمدٍ رحمه الله تعالىٰ أنه علىٰ شفعته من غير فصلٍ، وبعض مشايخنا قالوا الجوابُ محمولٌ علىٰ ما إذا كان ما ظهرَ أقلَّ من قيمة ما أخْبَر، أمَّا إذا كان مثلَ قيمة ما أخبَر أو أكثر فلا شفعةَ له، ومنهم من قال: هذا الجواب صحيحٌ على الإطلاق، بخلاف المسئلة المتقدِّمة لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونًا في ذلك لأنَّ تقوُّم الشيء بالظنِّ يكون دائمًا، وإنَّما سلم

دَنَانِيرُ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ أَكْثَرَ. وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَلَنَا أَنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ فِي حَقِّ الثَّمَنِيَّةِ.

قَالَ: (وَإِذَا قِيلَ لَهُ إِنَّ المُشْتَرِيَ فُلَانٌ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِتَفَاوُتِ الجِوَارِ (وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ المُشْتَرِيَ هُوَ مَعَ غَيْرِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ غَيْرِهِ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهِ (وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصْفِ فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الجَمِيعِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَلَا شَرِكَةَ، وَفِي عَكْسِهِ لَا شُفْعَةَ ....

حتى لا يصير مغبونًا، وهذا المعنى ينعدم إذا كان الثمن دراهمَ.

قوله: وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ أَكْثَرَ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ، وذكر الاختلاف في الأسرار بين علمائنا الثلاثة قال: إذا قيل للشفيع الشراء بألف درهم فسلم فإذا بدنانير تساوي ألفًا كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: بطلت شفعته استحسانًا، لأنَّها جنسٌ واحدٌ في التِّجارات وضمانِها، وجه القياس أنَّ الإنسان قد يتيسَّر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر والرضا بأحدهما لا يدلُّ على الرضا بالآخر وإن كان الجنس واحدًا، فإنه لو رضي بدراهم جيَّادٍ فإذا هيَ غلَّة كان له الطلب.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ لَا شُفْعَةَ، أي لو أخبَر بشراء الكل فسلم ثمَّ ظهر شراء النصف فلا شفعةَ له، وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالىٰ: أنَّ تأويل هذه المسئلة أنه ظهر أنه اشترى النصف بثمن الكلِّ، أمَّا إذا ظَهَرَ أنه اشترى النصف بنصف

فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي الكُلِّ تَسْلِيمٌ فِي أَبْعَاضِهِ.

فَصْلٌ: [فِي بَيَانِ الحِيَلِ الَّتِي تَبْطُلُ بِهَا الشُّفْعَة]

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ مِنْهَا فِي طُولِ الحَدِّ الَّذِي يَلِي الشَّفِيعَ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ) لِانْقِطَاعِ الجِوَارِ، وَهٰذِهِ حِيلَةٌ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ مِنْهُ هٰذَا المِقْدَارَ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا ابْتَاعَ مِنْهَا سَهْمًا بِثَمَنٍ ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ فِي السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي) لِأَنَّ الشَّفِيعَ جَارٌ فِيهِمَا، إِلَّا أَنَّ المُشْتَرِيَ فِي

الثمن فله الشفعة.

قوله: فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احترازٌ عمَّا روىٰ علىٰ ضدِّ هذا أنه إذا سلم الكلَّ لا يكون تسليمًا للنصف، لجواز أن يكون تسليم الكلِّ لعدم قدرته على الثمن وقد يتمكَّن من البعض، فأمَّا إذا سلم الكلَّ في البعض فقد عجز عن أداء ثمن البعض فيكون عاجزًا عن الكل بالطريق الأوْلىٰ.

فصل: [في بيان الحِيَل التي تبطل بها الشفعة]

قوله: وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا، أي لانقطاع الجوار.

قوله: فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ فِي السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وفي المستصفىٰ شرح النافع للعلامة النسفي: تأويلُ المسئلة إذا بلغه بيع سهمٍ منها فردَّه، أمَّا إذا بلغه البيعان فله الشفعةُ،

الثَّانِي شَرِيكٌ فَيَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا وَالْبَاقِي بِالْبَاقِي، وَإِنِ ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عِوَضًا عَنْهُ فَالشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ آخَرُ، وَالثَّمَنُ هُوَ العِوَضُ عَنِ الدَّارِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذِهِ حِيلَةٌ أُخْرَىٰ تَعُمُّ الجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ فَيُبَاعَ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَيُعْطَىٰ بِهَا ثَوْبٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوِ اسْتَحَقَّتِ المَشْفُوعَةُ يَبْقَىٰ كُلُّ الثَّمَنِ عَلَىٰ مُشْتَرِي الثَّوْبِ لِقِيَامِ البَيْعِ الثَّانِي فَيَتَضَرَّرَ بِهِ وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارٌ حَتَّىٰ إِذَا

وتعليلُ هذه المسئلة بقوله: لأنَّ الشفيع جارٌ فيهما، إلا أنَّ المشتري في الثانِي شريكٌ فيقدَّم عليه يقتضي الإطلاق، وعلىٰ هذا عبارة عامة الكُتُب.

قوله: فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا وَالْبَاقِي بِالْبَاقِي، فلا يرغبُ الجارُ في الأول لكثرة الثمن، ولا حقَّ له فيما بقي، لأنه صار شريكًا وهو مقدَّمٌ على الجار.

قوله: فَيَتَضَرَّرَ بِهِ، أي يتضرَّر مشتري الثوب الذي هو بائعُ الدار برجوع مشتري الدار عليه بكلِّ الثمن الذي هو أضعافُ قيمة الدار، ولا يتمكَّنُ البائع من ردِّ الثوب إلَّا برضاء المشتري فعسىٰ لا يرضاه.

قوله: وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارٌ حَتَّىٰ إِذَا اسْتَحَقَّ المَشْفُوعُ، تبيَّن بطلان الصرف، لأنه تبيَّن أنه لم يكن في ذمة المشتري ألف ثمن الدار فلم يصر قابضًا في المجلس لكونه في ذمته فيبطلُ الصرف فلا يلزمه إلا ردُّ الدينار، فصار كمن اشترىٰ من آخرِ دينارًا بعشر دين ثمَّ تصادقا أن لا دَينَ عليه فإنه يردُّ الدينارَ كذا هنا، بخلاف ما إذا دَفَعَ الثوبَ

اسْتَحَقَّ المَشْفُوعُ يَبْطُلُ الصَّرْفُ فَيَجِبَ رَدُّ الدِّينَارُ لَا غَيْرُ.

قَالَ: (وَلَا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَتُكْرَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَلَوْ أَبَحْنَا الحِيلَةَ مَا

بمقابلة ما في ذمته من الثمن وهو أضعافُ قيمة الثوب، فلو استحقَّت الدار المشفوعة يرجع المشتري بثمن الثوب علىٰ بائع الدار، لأنَّ باستحقاق الدار المشفوعة لا تبطلُ المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعه في الثوب، ويثبتُ باستحقاق الدار لمشتريها الرجوعُ على البائع فيتضرَّرُ بذلك بائع الدار، ولا يقالُ: باستحقاق الدار المشفوعة يعلم أنَّ بيع الثوب كان بلا ثمنٍ فيكون البيع فاسدًا فلا يتضرَّرُ مشتري الثوب لأنه لا يطالبُ بثمن الثوب؟ لأنا نقول: البيعُ يحتاج إلىٰ ذكر الثمن لا إلىٰ وجوده، ولهذا قلنا: لو باع عبدًا بما عليه من الدَّين ثمَّ تصادقا أن لا دَينَ لا يبطل البيع في العبد.

قوله: وَلَا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، اعلم أنَّ الحِيَل في هذا الباب علىٰ نوعين: نوعٌ لإسقاطها بعد الوجوب، وذلك أن يقول المشتري للشفيع: أنا أبيعها منكَ إنَّما أخذتُ لكَ فلا فائدةَ لكَ في الأخذ بالشفعة، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول المشتري للشفيع: اشترها منِّي بما أخذتَ، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول: اشتريتُ، فتبطل به شفعته وإنه مكروهٌ بالإجماع، ونوعٌ يمنع وجوبَها، ونوعٌ يرجع إلىٰ تقليل الرغبة فيها، وإنه لا يكره عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وممَّا يرجع إلىٰ منع وجوب الشفعة أن يهبه البائع بيتًا معلومًا من الدَّار بطريقه، أو موضعًا معلومًا من الدَّار بطريقه فتجوز الهبة لأنَّ ما وهب مقدارٌ معيَّنٌ، والطريقُ وإن كان مُشاعًا إلا أنه لا يحتمل القسمةَ وهبة المشاع فيما لا يحتملُ القسمةَ جائزةٌ فيصير شريكًا في الطريق، ثمَّ يبيعُ بقيمة الدار منه بثمن الكل فيصيرُ أوْلىٰ من الجار، إلَّا أنَّ هذه الحيلة تصلحُ لدفع الجار ولا تصلحُ لدفع الشريك في الدار، ومن الحيلة أيضًا أن يستأجر صاحبَ الدار من المشتري ثوبًا

دَفَعْنَاهُ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَنَعَ عَنْ إِثْبَاتِ الحَقِّ فَلَا يُعَدُّ ضَرَرًا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ.

ليلبسه يومًا إلى الليل بجزءٍ من مائة جزءٍ من الدار التي يريدُ بيعها، ثمَّ يصبر حتى يمضى اليوم أو يشترط التعجيل حتَّىٰ يملك ذلك الجزء للحال، ثمَّ يبيع الباقي منه فلا يكون للجار الشفعة لا في الجزء الأول لأنه ملكه بعقد الإجارة، ولا في الجزء الثانِي لأنَّ المشتري شريكٌ في الدار وقت البيع والشريك مقدَّمٌ على الجار، وأمَّا التي ترجع إلىٰ تقليل الرغبة فهيَ مثل ما ذكر من بيع عشر الدار من المشتري بتسعة أعشار الثَّمن، ومنها أن يبيع البناءَ من الدار من المشتري بثمنٍ قليلٍ ويبيع السَّاحة بثمنٍ كثيرٍ فلا يجبُ للشفيع الشفعة في البناء، لأنه نقليٌّ ولا يرغبُ في الساحة لكثرة الثمن، وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحِيَل فقال: والاشتغال بِهذه الحيل لإبطال حقِّ الشفعة لا بأسَ به، أمَّا قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه، وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به وإنَّما قصدَ به الدفعَ عن ملك نفسه، ثم قال: وقيل هذا قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، فأمَّا عند محمد رحمه الله تعالىٰ فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال، لإسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ خَمْسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِنْ رَجُلٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ خَمْسَةٍ أَخَذَهَا كُلَّهَا أَوْ تَرَكَهَا) وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي الوَجْهِ الثَّانِي بِأَخْذِ البَعْضِ تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ عَلَى المُشْتَرِي فَيَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يَقُومُ الشَّفِيعُ مَقَامَ أَحَدِهِمْ فَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ، وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، إِلَّا أَنَّ قَبْلَ القَبْضِ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِذَا نَقَدَ مَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَنْقُدِ الآخَرُ حِصَّتَهُ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ تَفْرِيقِ اليَدِ عَلَىٰ البَائِعِ بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَبْضِ لِأَنَّهُ سَقَطَتْ يَدُ البَائِعِ،

مسائل متفرقة

قوله: وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه فرَّق فقال: إن أخذ قبل القبض نصيبَ أحدهم ليسَ له ذلك وبعد القبض له ذلك، لأنه متىٰ أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرَّرُ البائع بتفرُّق اليد، بخلاف ما بعد القبض لأنه لم يبقَ يد البائع ويقع التملك على المشتري وقد أخذَ منه جميع ملكه فلا تفريقَ.

قوله: بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ، يعني أنَّ أحد المشتريين إذا نقدَ ما عليه من الثمن

وَسَوَاءٌ سَمَّىٰ لِكُلِّ بَعْضٍ ثَمَنًا أَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةً، لِأَنَّ العِبْرَةَ فِي هٰذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ لَا لِلثَّمَنِ، وَهَاهُنَا تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ نِصْفَ دَارٍ غَيْرَ مَقْسُومٍ فَقَاسَمَهُ البَائِعُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ لِمَا

فليسَ له أن يقبض نصيبه من الدار، حتى يؤدي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن، وكذلك الشفيع ليسَ له أن يأخذ نصيبَ أحد المشتريين إذا نقدَ ما عليه من الثمن بحصته، حتى يؤدي المشترون كلهم ما عليهم من الثمن، لئلا يلزم تفريق اليد على البائع.

قوله: لِأَنَّ العِبْرَةَ فِي هٰذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ لَا لِلثَّمَنِ، وفي الذخيرة: ولو كان البائعُ اثنين واشترى المشتري نصيبَ كلِّ واحد منهما بصفقةٍ علىٰ حدةً كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن كان يلحق المشتري ضررَ عيب الشركة، لأنه رضي بهذا العيب حيثُ اشترىٰ نصيبَ كلِّ واحد منهما بصفقةٍ علىٰ حدةٍ، ثمَّ بيانُ تفريق الصفقة واتحادها ذكر الإمام التمرتاشي محالًا إلى الجامع إذا اتَّحد العاقد والعقد والثمن تتَّحدُ الصفقة، وكذا لو تعدَّد العاقدُ بأن كان البائع أو المشتري اثنين بأن قال للمشتريين: بعتُ منكما، أو قالا: بعنا منكَ، لأنَّ ما يوجب الاتحاد راجحٌ وهو العقد والثمن، وكذا لو تعدَّد الثمنُ واتحد العاقد والعقدُ بأن قال: بعتُ هذا بكذا وهذا بكذا، أو قال المشتري ذلك وإن تفرَّق الثلاثة تتفرق الصفقة، وكذا لو تفرَّق العقدُ واتحد العاقدُ بأن قال: بعتك هذا بكذا وبعتكَ هذا بكذا، تتفرقُ الصفقة، وإن اتَّحد العقدُ وتفرَّق العاقد والثمن ففي بعض المواضع تتفرق الصفقة لرجحان حيثية التفرق، وفي بعضها لا، قيل: الأوَّلُ قياسٌ والثاني استحسانٌ، وهو قولُ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ، لِمَا عُرف أنَّ قبض المشاع فيما يحتمل القسمة

فِيهِ مِنْ تَكْمِيلِ الِانْتِفَاعِ وَلِهَٰذَا يَتِمُّ القَبْضُ بِالْقِسْمَةِ فِي الهِبَةِ، وَالشَّفِيعُ لَا يَنْقُضُ القَبْضَ وَإِنْ كَانَ لَهُ نَفْعٌ فِيهِ بِعَوْدِ العُهْدَةِ عَلَىٰ البَائِعِ، فَكَذَا لَا يُنْقَضُ مَا هُوَ مِنْ تَمَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّارِ المُشْتَرِكَةِ وَقَاسَمَ المُشْتَرِيَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ نَقْضُهُ، لِأَنَّ العَقْدَ مَا وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ فَلَمْ تَكُنِ القِسْمَةُ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ العَقْدِ بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ المِلْكِ فَيَنْقُضُهُ الشَّفِيعُ كَمَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ، ثُمَّ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ حَقِّهِ بِالْقِسْمَةِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ

قبضٌ ناقصٌ.

قوله: وَالشَّفِيعُ لَا يَنْقُضُ القَبْضَ، أي إذا قبض المشتري المبيعَ يأخذ الشفيع من المشتري، ولا يملكُ أن ينقضَ قبض المشتري المبيعَ فيردَّه إلى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة عليه، فكذا لا ينقض قسمته لأنَّها من تمام القبض.

قوله: وَقَاسَمَ المُشْتَرِيَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ، أي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبع كان للشفيع نقضه، لأنَّ هذه القسمة لم تجر بين العاقدَين فلا يمكن جعلها قبضًا بحكم العقد فجعلت مبادلةً، وللشفيع أن ينقض المبادلة.

قوله: ثُمَّ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ، وهو قوله: أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري.

الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا لِأَنَّهُ لَا يَبْقَىٰ جَارًا فِيمَا يَقَعُ فِي الجَانِبِ الآخَرِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ عَبْدٌ مَأْذُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ العَبْدُ هُوَ البَائِعُ فَلِمَوْلَاهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِالثَّمَنِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الشِّرَاءِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِلْغُرَمَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِمَوْلَاهُ، وَلَا شُفْعَةَ لِمَنْ يَبِيعُ لَهُ.

قَالَ: (وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالْوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَىٰ الصَّغِيرِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللهُ: هُوَ عَلَىٰ شُفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ) قَالُوا: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا بَلَغَهُمَا شِرَاءُ دَارٍ بِجِوَارِ دَارِ الصَّبِيِّ فَلَمْ يَطْلُبَا الشُّفْعَةَ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ تَسْلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الوِكَالَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ فَلَا يَمْلِكَانِ إِبْطَالَهُ كَدِيَتِهِ وَقَوَدِهِ، وَلِأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ إِبْطَالُهُ إِضْرَارًا بِهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ التِّجَارَةِ فَيَمْلِكَانِ تَرْكَهُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ أَوْجَبَ بَيْعًا لِلصَّبِيِّ صَحَّ رَدُّهُ مِنَ الأَبِ وَالْوَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ دَائِرٌ

قوله: وَعَلَى هٰذَا الخِلَافِ تَسْلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الوِكَالَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، أي يصحُّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في مجلس القاضي، ومطلقًا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولا يصحُّ عند محمد رحمه الله تعالىٰ، هذا هو الصحيح، وقيل: لا يحفظُ جواب أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر فيما إذا سلم الوكيل الشفعة، والصحيح أنَّ تسليمه كإقراره.

بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي تَرْكِهِ لِيَبْقَىٰ الثَّمَنُ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَالْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ فَيَمْلِكَانِهِ وَسُكُوتُهُمَا كَإِبْطَالِهِمَا لِكَوْنِهِ دَلِيلَ الإِعْرَاضِ، وَهٰذَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا، فَإِنْ بِيعَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ قِيلَ جَازَ التَّسْلِيمُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا وَقِيلَ لَا يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الأَخْذَ فَلَا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا أَيْضًا وَلَا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَقِيلَ لَا يَصِحُّ - التسليم - بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الأَخْذَ فَلَا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ، هذا هو الأصحُّ.

قوله: وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا ... وَلَا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، كذا في الهداية، وذكر في الحصر والمختلف إذا سلم الأب شفعة الصغير والشراء بأقلَّ من قيمته بكثير، فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه يجوز أيضًا لأنه امتناعٌ عن إدخاله في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرُّعًا، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه لا يجوز لأنه بمنزلة التبرُّع بماله، ولا روايةَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، والله أعلم بالصواب.

*   *   *

كِتَابُ القِسْمَةِ

الْقِسْمَةُ فِي الأَعْيَانِ الْمُشْتَرَكَةِ مَشْرُوعَةٌ، لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَاشَرَهَا فِي المَغَانِمِ وَالْمَوَارِيثِ، وَجَرَىٰ التَّوَارُثُ بِهَا مِنْ غَيْرِ نكِيرٍ، ثُمَّ هِيَ لَا تَعْرَىٰ عَنْ مَعْنَىٰ المُبَادَلَةِ، لِأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لِأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ

كتاب القسمة

القسمةُ هيَ جمع النصيب الشائع في معيَّنٍ، وجوازها بالكتاب، قال الله تعالىٰ: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨] قال الله تعالىٰ: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥]، والسنة فقد باشرها النبيُّ عليه الصلاة والسلام في الغنائم والمواريث، وإجماع الأمة، ورُكنها الفعل الذي يقع به الإقرار، كالكيل والوزن والعدد والذرع في الكيليِّ والوزني والعدديِّ والذرعيِّ، وشرطها أن لا تتبدل المنفعة بالقسمة ولا تفوتُ لأنَّها لإفراز ما لكلٍّ واحد قبل القسمة من الملك المنفعة، وإنَّما يتحقَّقُ هذا إذا بقى المفرز علىٰ ما كان قبل الإفراز بأصله ومنافعه، فأمَّا إذا تبدَّل يكون تبديلًا لا إفرازًا لأنَّها لا تنفك عن المبادلة والإفراز، لأنه ما من جزءٍ إلا وهو مشتملٌ على النصيبين فكان ما يأخذُ كلُّ واحد منهما نصفَ ملكه ولم يستفد من صاحبه، فكان إفرازًا والنصفُ الآخر كان لصاحبه فصار له عوضًا عمَّا في يد صاحبه فكان مبادلةً، إلا أنَّ معنى الإفراز والتمييز في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة أظْهَر لعدم التفاوت بين أبعاضها، ومعنى المبادلة أظْهَر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين أبعاضها، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه.

كَانَ لَهُ وَبَعْضُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ فَهُوَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَكَانَ مُبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالْإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، حَتَّىٰ كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ، وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَمَعْنَىٰ المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ حَتَّىٰ لَا يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا أَخْذُ نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الآخَرِ. وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعْدَ القِسْمَةِ، إِلَّا أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَىٰ القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَىٰ الإِفْرَازِ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ وَالْمُبَادَلَةُ مِمَّا يَجْرِي

قوله: إِلَّا أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ، جوابٌ لسؤالٍ يردُ علىٰ قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهرُ في الحيوانات والعروض، وفي المغني: فإن قيل: لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبي عليها، أي في غير ذوات الأمثال وبالإجماع يجبر، وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتَّىٰ أنَّ الشريكين إذا اقتسما دارًا أو أرضًا بينهما وبنىٰ أحدهما في نصيبه بناءً ثمَّ جاء مستحقٌّ واستحقَّ الطائفة التي بنىٰ فيها ونقضَ بناءه لا يرجع علىٰ صاحبه بقيمة البناء، ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور كما لو اشترىٰ؟ قلنا: الجبْرُ علىٰ هذه المبايعة باعتبار حقٍّ مستحقٍّ للغير، ألا ترىٰ أنَّ المشتري يجبرُ علىٰ تسليم الدار إلى الشفيع وإن كان التسليم إليه مبايعةً لحقِّ الشفيع، ألا ترىٰ أنَّ المديونَ يحبسُ حتَّىٰ يبيع ماله ويقضي الدين فجريان الجبر عليها لا ينفي كونَها مبايعةً، وأمَّا الثاني قلنا إنَّما لا يثبت الغرورَ لأنَّ كل واحد منهما مضطرٌّ إلىٰ هذه المبايعة لأنه يحتاج إلىٰ تخليص حقِّه ومنع صاحبه عن

فِيهِ الجَبْرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَهٰذَا لِأَنَّ أَحَدَهُمْ بِطَلَبِ القِسْمَةِ يَسْأَلُ القَاضِيَ أَنْ يَخُصَّهُ بِالِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ وَيَمْنَعَ الغَيْرَ عَنِ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ، فَيَجِبَ عَلَىٰ القَاضِي إِجَابَتُهُ وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً لَا يُجْبِرُ القَاضِي عَلَىٰ قِسْمَتِهَا لِتَعَذُّرِ المُعَادَلَةِ بِاعْتِبَارِ فُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضَوْا عَلَيْهَا جَازَ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُنَصِّبَ قَاسِمًا يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أَجْرٍ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ جِنْسِ عَمَلِ القَضَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتِمُّ بِهِ قَطْعُ المُنَازَعَةِ فَأَشْبَهَ رِزْقَ القَاضِي، وَلِأَنَّ مَنْفَعَةَ نَصْبِ القَاسِمِ تَعُمُّ العَامَّةَ فَتَكُونَ كِفَايَتُهُ فِي مَالِهِمْ غُرْمًا بِالْغُنْمِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَّبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالْأَجْرِ) مَعْنَاهُ بِأَجْرٍ عَلَىٰ

الانتفاع بملكه، ولا يمكنه ذلك إلا بهذه المبايعة فيكون مضطرًّا إلىٰ هذه المبايعة لإحياء حقه، والجبر كما يثبت بالإكراه يثبتُ بالحاجة إلىٰ إحياء الحق كصاحب العلوِّ إذا بنى السفل، وإذا كان مجبرًا علىٰ هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور، كالشفيع إذا أخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَّبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالْأَجْرِ، وفي الذخيرة: ويجوز للقاضي أن يأخذ على القسمة أجرًا ولكن المستحب له أن لا يأخذ، وهذا لأنَّ القسمة ليست بقضاءٍ على الحقيقة حتّىٰ لا يفرض على القاضي مباشرتُها وإنَّما الذي يفرضُ عليه جبر الآبي على القسمة إلا أنَّ لها شبهًا بالقضاء من حيث إنَّها تستفاد بولاية القضاء حتّىٰ ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن حيث إنَّها ليست بقضاءٍ جاز أخذ الأجر عليها، ومن

الْمُتَقَاسِمِينَ، لِأَنَّ النَّفْعَ لَهُمْ عَلَى الْخُصُوصِ، وَبِقَدْرِ أَجْرِ مِثْلِهِ كَيْ لَا يَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَرْزُقَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ. (وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَأْمُونًا عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ) لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ عَمَلِ الْقَضَاءِ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ وَهِيَ بِالْعِلْمِ، وَمِنَ الِاعْتِمَادِ عَلَىٰ قَوْلِهِ وَهُوَ بِالْأَمَانَةِ (وَلَا يُجْبِرُ الْقَاضِي النَّاسَ عَلَىٰ قَاسِمٍ وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ لَا يُجْبِرُهُمْ عَلَىٰ أَنْ يَسْتَأْجِرُوهُ لِأَنَّهُ لَا جَبْرَ عَلَىٰ الْعُقُودِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَعَيَّنَ لَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ عَلَىٰ أَجْرِ مِثْلِهِ (وَلَوِ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا جَازَ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ أَمْرِ الْقَاضِي) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ عَلَيْهِ (وَلَا يَتْرُكُ الْقُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ) كَيْ لَا تَصِيرَ الْأُجْرَةُ غَالِيَةً بِتَوَاكُلِهِمْ،

حيث إنَّها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ الأجر عليها.

قوله: وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ، أي تُهمة الميل إلىٰ أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادةً.

قوله: عَدْلًا مَأْمُونًا، ذكر الأمانةَ بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة.

قوله: وَلَوِ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا، أي الشركاء لم يرفعوا الأمرَ إلى القاضي بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائزٌ، لأنَّ في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتَّراضي كما في سائر المعاوضات.

قوله: وَلَا يَتْرُكُ الْقُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ، أي لا يخلِّي القاضي القاسمين المعينين وأنفسهم علىٰ رأيهم في الاشتراك، ولا يعيِّنون بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلىٰ غيرهم، لأنه لو

وَعِنْدَ عَدَمِ الشَّرِكَةِ يَتَبَادَرُ كُلٌّ مِنْهُمْ إلَيْهِ خِيفَةَ الفَوْتِ فَيُرَخِّصُ الأَجْرَ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ القِسْمَةِ عَلَىٰ عَدَدِ الرُّءُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا عَلَىٰ قَدْرِ الأَنْصِبَاءِ) لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ المِلْكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ كَأُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالْوَزَّانِ وَحَفْرِ البِئْرِ المُشْتَرَكَةِ وَنَفَقَةِ المَمْلُوكِ المُشْتَرَكِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ، وَرُبَّمَا يَصْعُبُ الحِسَابُ بِالنَّظَرِ إلَىٰ القَلِيلِ، وَقَدْ يَنْعَكِسُ الأَمْرُ فَيَتَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ فَيَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِأَصْلِ التَّمْيِيزِ، بِخِلَافِ حَفْرِ البِئْرِ لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِنَقْلِ التُّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ، وَالْكَيْلُ وَالْوَزْنُ إنْ كَانَ لِلْقِسْمَةِ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْقِسْمَةِ فَالْأَجْرُ مُقَابَلٌ بِعَمَلِ الكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ ....

عيَّنهم في الاستئجار لعلَّ القسام يكلفون زيادةً علىٰ أجر المثل فيتضرَّرُ به المتقاسمون، بل يقول القاضي لكلِّ واحد من القاسمين: استبد أنتَ بالقسمة من غير مشاركة الأجر، فكان كلُّ واحدٍ منهم مأذونًا مجازًا بالقسمة من جانب القاضي.

قوله: كَأُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالْوَزَّانِ، يعني إذا استأجر الكيَّال ليفعل الكيلَ فيما هو مشتركٌ بينهم فالأجرة علىٰ قدر الأنصباء.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ، لأنَّ تمييز الأقلِّ من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقلِّ، ورُبَّما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكثر لأنَّ الحساب يدقُّ بقلَّة بعض الأنصباء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكثير بكسورٍ وَقَعَ فيه، ولمَّا تعارض الوجهان اعتبر نفس التمييز.

وَهُوَ العُذْرُ لَوْ أُطْلِقَ وَلَا يُفَصَّلُ وَعَنْهُ أَنَّهُ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ المُمْتَنِعِ لِنَفْعِهِ وَمَضَرَّةِ المُمْتَنِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ القَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ وَادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهَا عَنْ فُلَانٍ لَمْ يَقْسِمْهَا القَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

قوله: وَهُوَ العُذْرُ، أي العُذر هو أنَّ الأجر مقابلٌ بعمل الكيل والوزن، لَوْ أُطْلِقَ وَلَا يُفَصَّلُ، أي لو أريد إجراء المسئلة على الإطلاق من غير أن يفصل أنه للقسمة أو لا، وإلىٰ صحَّة رواية الإطلاق مالَ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ حيث قال في المبسوط: فأمَّا أجر الكيَّال والوزَّان فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: هو على الاختلاف، فإنَّ المكيلَ والموزونَ يقسم بذلك، والكيَّال والوزان بمنزلة القاسم، ثمَّ قال: والأصحُّ أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ يفرق بينهما ويقول هناك: إنَّما استوجب الأجر بعمله في المكيل والموزون الكيل والوزن، ألا ترىٰ أنه لو استعانَ في ذلك بالشركاء لم يستوجب الأجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر، فكلُّ عاقلٍ يعرف أنَّ كيل مائة قفيزٍ يكون أكثرَ من كيل عشرةٍ، فلهذا كانت الأجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام.

قوله: وَعَنْهُ أَنَّهُ عَلَى الطَّالِبِ، روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنَّ الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع، وقال صاحباه عليهما، له أنَّ الطالب للقسمة إنَّما يطلبها لمنفعة نفسه، والممتنعُ إنَّما يمتنعُ لضررٍ يلحقه بها فلا معنىٰ لإيجاب الأجرة علىٰ من لا منفعةَ له.

قوله: وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ، قيَّد بهما لأنه إذا كان في أيديهم عروضٌ أو شيءٌ ممَّا ينقل قسم بإقرارهم بالاتفاق.

قوله: وَادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهَا، قيَّد به لأنَّهم لو ادَّعوا الشراءَ من غائبٍ قسم بينهم

اللهُ - حَتَّىٰ يُقِيمُوا البَيِّنَةَ عَلَىٰ مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ، وَيَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ وَإِنْ كَانَ المَالُ المُشْتَرَكُ مَا سِوَى العَقَارِ وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَلَوِ ادَّعَوْا فِي العَقَارِ أَنَّهُمُ اشْتَرَوْهُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لَهُمَا أَنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ وَالْإِقْرَارَ أَمَارَةُ الصِّدْقِ وَلَا مُنَازِعَ لَهُمْ فَيَقْسِمَهُ بَيْنَهُمْ كَمَا فِي المَنْقُولِ المَوْرُوثِ وَالْعَقَارِ المُشْتَرَىٰ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَا مُنْكِرَ وَلَا بَيِّنَةَ إِلَّا عَلَى المُنْكِرِ فَلَا يُفِيدُ، إِلَّا أَنَّهُ يَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقْرَارِهِمْ لِيَقْتَصِرَ عَلَيْهِمْ وَلَا يَتَعَدَّاهُمْ وَلَهُ أَنْ يَقْسِمَ قَضَاءً عَلَىٰ المَيِّتِ إِذِ التَّرِكَةُ مُبْقَاةٌ عَلَىٰ مِلْكِهِ قَبْلَ القِسْمَةِ، حَتَّىٰ لَوْ حَدَثَتِ الزِّيَادَةُ قَبْلَهَا تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقْضَىٰ دُيُونُهُ مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القِسْمَةِ، وَإِذَا كَانَتْ قَضَاءً عَلَىٰ المَيِّتِ فَالْإِقْرَارُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيِّنَةِ وَهُوَ مُفِيدٌ،

بإقرارهم بالاتفاق.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقْرَارِهِمْ لِيَقْتَصِرَ عَلَيْهِمْ وَلَا يَتَعَدَّاهُمْ، وذلك لأنَّ حكم القسمة بالبينة، بخلاف حكم القسمة بالإقرار لأنَّ حكم القسمة بالبينة يتعدَّىٰ إلى الغير، حتَّىٰ لو ادَّعت أمُّ ولدِ هذا الميت أو مدبّره العتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلِّفهما إقامة البينة على الموت وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدَّىٰ، ألا ترىٰ أنه لا يقضىٰ بالعتق في هاتين الصورتين إلا ببينة تقوم على الموت، كذا ذكره في الفصل الثاني من قسمة الذخيرة.

قوله: وَهُوَ مُفِيدٌ، جوابٌ عن قولهما: وَلَا بَيِّنَةَ إِلَّا عَلَى المُنْكِرِ فَلَا يُفِيدُ، لأنَّ بعض

لِأَنَّ بَعْضَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ المُورِثِ. وَلَا يَمْتَنِعُ ذٰلِكَ بِإِقْرَارِهِ كَمَا فِي الوَارِثِ أَوِ الوَصِيِّ المُقِرِّ بِالدَّيْنِ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ مَعَ إِقْرَارِهِ، بِخِلَافِ المَنْقُولِ لِأَنَّ فِي القِسْمَةِ نَظَرًا لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ الحِفْظِ أَمَّا العَقَارُ فَمُحْصَنٌ بِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ المَنْقُولَ مَضْمُونٌ عَلَىٰ مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ، وَلَا كَذٰلِكَ العَقَارُ عِنْدَهُ، وَبِخِلَافِ المُشْتَرَىٰ لِأَنَّ المَبِيعَ لَا يَبْقَىٰ عَلَىٰ مِلْكِ البَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَقْسِمْ فَلَمْ تَكُنِ القِسْمَةُ قَضَاءً عَلَىٰ الغَيْرِ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَوُا المِلْكَ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي القِسْمَةِ قَضَاءٌ عَلَىٰ الغَيْرِ، فَإِنَّهُمْ مَا أَقَرُّوا بِالْمِلْكِ لِغَيْرِهِمْ قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰذِهِ رِوَايَةُ كِتَابِ القِسْمَةِ. (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرْضٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا وَأَرَادَا القِسْمَةَ لَمْ

الورثة ينتصب خصمًا عن المورث، فإن قيل: كيف يجعل خصمًا عنه والمقرُّ لا يصلح خصمًا؟ قلنا: لمَّا لم يعتبر إقراره عليه يجعل كالعدم، كما لو ادَّعىٰ رجلٌ دينًا على الميِّت وقدم وارثًا من ورثته إلى القاضي فإقرار الوارثِ بحقِّه فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضي علىٰ حقِّه ليكون حقُّه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة، فإنَّ القاضي يقبل بينته ويحكم له بدينه في جميع مال الميت، لأنَّ المدَّعي يحتاج إلىٰ إثبات الدين في حقه وحقِّ غيره، وكذا الوصيُّ إذا أقرَّ بالدين تقبل البينة عليه مع إقراره لبطلان إقراره.

قوله: وَبِخِلَافِ المُشْتَرَىٰ، رُويَ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في غير الأصول أنَّ القاضي لا يقسمها بينهم فسوَّىٰ بين الشراء والإرث، والفرقُ على الظاهر أنَّ قضاءه بالقسمة في المشترىٰ لا يتضمَّن قطع حقِّ البائع، لأنَّ بعد البيع والتسليم لا يبقىٰ علىٰ حكم

يَقْسِمْهَا حَتَّىٰ يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُمَا) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِهِمَا ثُمَّ قِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقِيلَ قَوْلُ الكُلِّ، وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّ قِسْمَةَ الحِفْظِ فِي العَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ، وَقِسْمَةُ المِلْكِ تَفْتَقِرُ إِلَىٰ قِيَامِهِ وَلَا مِلْكَ فَامْتَنَعَ الجَوَازُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ الوَفَاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا القَاضِي بِطَلَبِ الحَاضِرِينَ وَيُنَصِّبُ وَكِيلًا يَقْبِضُ نَصِيبَ الغَائِبِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الغَائِبِ صَبِيٌّ يَقْسِمُ وَيُنَصِّبُ وَصِيًّا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ) لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، وَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ عِنْدَهُ أَيْضًا خِلَافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ (وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ) وَالْفَرْقُ أَنْ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكُ خِلَافَةٍ حَتَّىٰ يُرَدَّ بِالْعَيْبِ وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ فِيمَا اشْتَرَاهُ المُورِثُ أَوْ بَاعَ وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ فَانْتَصَبَ

ملك البائع وإن لم يقسم فلا تكون القسمة قضاءً على الغير بخلاف الإرث.

قوله: وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ، أي في أيدي الحضور.

قوله: لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، أي بظهور نصيبهما ممَّا في يد الغير، فإنه بالقسمة يعزلُ نصيب الغائب فكان هذا محضُ نظيرٍ في حقِّ الغائب والصغير.

قوله: وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ، يعني لو اشترى المورث جاريةً وماتَ واستولدها الوارثُ ثمَّ استحقت يكون الولد حرًّا بالقيمة، ويرجعُ الوارث بِها وبالثمن

أَحَدُهُمَا خَصْمًا عَنِ المَيِّتِ فِيمَا فِي يَدِهِ وَالْآخَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَصَارَتِ القِسْمَةُ قَضَاءً بِحَضْرَةِ المُتَخَاصِمِينَ. أَمَّا المِلْكُ الثَّابِتُ بِالشِّرَاءِ مِلْكٌ مُبْتَدَأٌ وَلِهٰذَا لَا يُرَدُّ بِالْعَيْبِ عَلَىٰ بَائِعِ بَائِعِهِ فَلَا يَصْلُحُ الحَاضِرُ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ فَوَضَحَ الفَرْقُ (وَإِنْ كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ لَمْ يُقْسَمْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ مُودِعِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ قَضَاءٌ عَلَىٰ الغَائِبِ وَالصَّغِيرِ بِاسْتِحْقَاقِ يَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ عَنْهُمَا، وَأَمِينُ الخَصْمِ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنْهُ فِيمَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ، وَالْقَضَاءُ مِنْ غَيْرِ الخَصْمِ لَا يَجُوزُ. وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا الفَصْلِ بَيْنَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا أُطْلِقَ فِي الكِتَابِ.

على البائع كالمورث.

قوله: **وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا الفَصْلِ**، إشارةٌ إلىٰ قوله: **وَإِنْ كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ لَمْ يُقْسَمْ**.

قوله: **كَمَا أُطْلِقَ فِي الكِتَابِ**، وهو قوله: **لَمْ يُقْسَمْ**، من غير ذكر إقامة البينة على الإرث وإنه مخالفٌ لما ذكره في المبسوط، لأنه قال في المبسوط: وإن كان شيءٌ من العقار في يد الصغير أو الغائب لم يقسمها بإقرار الحضور، حتَّىٰ تقوم البينة علىٰ أصل الميراث، لأنَّ في هذه القسمة قضاءٌ على الغائب والصغير بإخراج شيءٍ ممَّا كان في يده عن يده، وكذلك إن كان أَوْدَعَ ما كان في يده منها رجلًا حتَّىٰ غاب لأنَّ المودع أمينٌ فلا يكون خصمًا في ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يقضي على الغائب بحضور أمينه، فلهذا لا يقسم حتَّىٰ تقوم البينة، فإذا قامت البينة قبلها القاضي لأنَّها تقومُ لإثبات ولاية القاضي في تركة

قَالَ: (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ وَإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ خَصْمَيْنِ، لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا، وَكَذَا مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الحَاضِرُ اثْنَيْنِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا

الميِّت، ولأنَّ الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصمًا عنه، وينتصبُ بعضهم خصمًا عن بعض فقلَّما تخلو تركةٌ عن هذا، فإنَّ الورثة يكثرون وقلَّما يحضرون، فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان غائبٍ أو صغيرٍ أدَّىٰ إلى الضرر، والضررُ مدفوعٌ، وذكر في فتاوى قاضي خان: فرواية أنه لا يقسم إن قامت البينة ما لم يحضر الغائب هيَ رواية الجامع، فكان قوله في الكتاب: هو الصحيح، احتِرازًا عن رواية المبسوط وغيره في أنه يقسم إذا قامت البينة.

قوله: لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنه يحتاج إلىٰ إقامة البينة، وقوله: مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، هذا عندهما لأنه لا يحتاج إلىٰ إقامة البينة عندهما، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ القاضي ينتصب عن الغائب خصمًا ويسمع البينة عليه ويقسم الدار، وفي الذخيرة: فإذا كان بعض الورثة حضورًا والبعض غائبًا والدارُ كلها أو بعضها في يد الغائب وطلب الحاضر القسمة من القاضي وأقام البينة عن الميراث، فإن كان الحاضرُ واحدًا فالقاضي لا يقبل بينته ولا يقسم الدار، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنَّ القاضي ينتصب عن الغائب خصمًا ويسمع البينة عليه ويقسم الدار، ووجه ظاهر الرواية أنَّ التَّركة قبل القسمة إن بقيت علىٰ حكم ملك الميت من وجهٍ صارت ملكًا للورثة من وجهٍ، حتَّىٰ لو أعْتَق واحد منهم عبدًا من التركة قبل القسمة بعد العتق في نصيبه، وكلُّ واحدٍ من الورثة قبل القسمة يرتفقُ بنصيبه وبنصيب شركائه، والحاضرُ بدعوى القسمة كما يدَّعي إزالة ما بقي من ملك الميِّت يدَّعي علىٰ شركائه قطع الارتفاق بنصيبه، فلأَن جاز للقاضي نصب الوصيِّ من حيث إنه دعوًى على

(وَلَوْ كَانَ الحَاضِرُ كَبِيرًا وَصَغِيرًا نَصَبَ القَاضِي عَنِ الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَقَسَمَ إِذَا أُقِيمَتِ البَيِّنَةُ، وَكَذَا إِذَا حَضَرَ وَارِثٌ كَبِيرٌ وَمُوصًىٰ لَهُ بِالثُّلُثِ فِيهَا وَطَلَبَا القِسْمَةَ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ المِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ يَقْسِمُهُ) لِاجْتِمَاعِ الخَصْمَيْنِ الكَبِيرِ عَنِ المَيِّتِ وَالْمُوصَىٰ لَهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَكَذَا الوَصِيُّ عَنِ الصَّبِيِّ كَأَنَّهُ حَضَرَ بِنَفْسِهِ بَعْدَ البُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

الميت لا يجوز له نصب الوصيِّ من حيثُ إنه دعوًى علىٰ شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصيِّ بالشكِّ، وليس كما لو ادَّعىٰ أجنبيٌّ دينًا على الميت وليس للميِّت وارثٌ ولا وصيَّ فإنَّ القاضي ينصبُ عنه وصيًّا لأنَّ ذلك دعوًى على الميت من كل وجهٍ وللقاضي أن ينصب وصيًّا عن الميت، أمَّا ههنا بخلافه.

قوله: وَلَوْ كَانَ - الوارثُ - الحَاضِرُ كَبِيرًا وَصَغِيرًا نَصَبَ القَاضِي عَنِ الصَّغِيرِ وَصِيًّا، وإنَّما ينصبُ القاضي عن الصغير وصيًّا إذا كان حاضرًا، أمَّا إذا كان غائبًا فلا ينصب عنه وصيًّا، لأنَّ القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب إلا لضرورةٍ، ومتىٰ كان المدَّعىٰ عليه صبيًّا لو وقع العجزُ عن جوابه لم يكن عجزًا عن إحضاره فلا ينصبُ القاضي خصمًا عنه في حقِّ الحضرة فلم تصحَّ الدعوىٰ، لأنَّها لا تصحُّ من غير مدَّعى عليه حاضر، ولا كذلك إذا حضر لأنَّ الدعوىٰ تصحُّ عليه لكونه حاضرًا، إلا أنه عَجَز عن الجواب فينصبُ خصمًا يجيبُ عنه، بخلاف الدَّعوىٰ عن الميِّت لأنَّ إحضاره وجوابه لا يتصوَّرُ فينصبُ واحدًا في الأمرين جميعًا.

فَصْلٌ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ) لِأَنَّ القِسْمَةَ حَقٌّ لَازِمٌ فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ أَحَدُهُمْ وَيَسْتَضِرُّ بِهِ الآخَرُ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ، فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ لَمْ يَقْسِمْ) لِأَنَّ الأَوَّلَ يَنْتَفِعُ بِهِ فَيُعْتَبَرَ طَلَبُهُ، وَالثَّانِي مُتَعَنِّتٌ فِي طَلَبِهِ فَلَمْ يُعْتَبَرْ،

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم

قوله: عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: إذا كانت من جنسٍ واحدٍ أجبَر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأنَّ فيه معنى الإفراز، لتقارب المقاصد، والمبادلةُ ممَّا يجري فيه الجبر كقضاء الدين الخ.

قوله: فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ لَمْ يَقْسِمْ، كذا ذكر الخصَّاف رحمه الله تعالىٰ، وهذا لأنَّ الأوَّل يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب الانصاف لا التعنُّت، فعلى القاضي أن يجيبه إلىٰ ذلك، ولا يعتبر تضرُّر الآخر لأنهُ يريد أن ينتفع بملك شريكه وله أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، وأمَّا الثاني فمتعنِّت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالردِّ وتعذُّر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه لا لمعنًى من جهة صاحب الكثير.

وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَىٰ قَلْبِ هٰذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الكَثِيرِ يُرِيدُ الإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ وَالْآخَرُ يَرْضَىٰ بِضَرَرِ نَفْسِهِ وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّ أَيَّهُمَا طَلَبَ القِسْمَةَ يَقْسِمُ القَاضِي، وَالْوَجْهُ انْدَرَجَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَالْأَصَحُّ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ الأَوَّلُ (وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ لَمْ يَقْسِمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا) لِأَنَّ الجَبْرَ عَلَىٰ القِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ، وَفِي هٰذَا تَفْوِيتُهَا، وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمَا. أَمَّا القَاضِي فَيَعْتَمِدُ الظَّاهِرَ.

قوله: وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَىٰ قَلْبِ هٰذَا، أي لو طَلَب صاحبُ القليل قسمَ ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض النسخ: الخصَّاف، مكان الجصَّاص، والأصحُّ هو الجصاص لأنَّ الأوَّل قول الخصَّاف.

قوله: وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّ أَيَّهُمَا طَلَبَ القِسْمَةَ يَقْسِمُ، والوجه قد اندرج فيما ذكرنا وهو ما ذكر لأنَّ الأول منتفعٌ به فاعتبر طلبه، وقوله: وَالْآخَرُ يَرْضَىٰ بِضَرَرِ نَفْسِهِ.

قوله: وَالْأَصَحُّ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ الأَوَّلُ، وهو قوله: وإن طَلَب صاحبُ الكثير قسم، وإن طلب صاحبُ القليل لم يقسم، ووجه الأصحِّ هو أنَّ رضا صاحب القليل بالتزام الضَّرر لا يلزمُ القاضي شيئًا، وإنَّما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصاله إلىٰ منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل، ألا ترىٰ أنَّ كل واحدٍ منهما إذا كان لا ينتفعُ بنصيبه بعد القسمة وطلب القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك إذا كان الطالبُ من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة.

قوله: وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا، فإن قيل: يشترطُ لصحَّة القسمة أن ينتفع

قَالَ: (وَيُقْسَمُ العُرُوضُ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ) لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ يَتَّحِدُ المَقْصُودُ فَيَحْصُلَ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ وَالتَّكْمِيلُ فِي المَنْفَعَةِ (وَلَا يَقْسِمُ الجِنْسَيْنِ بَعْضَهُمَا فِي بَعْضٍ) لِأَنَّهُ لَا اخْتِلَاطَ بَيْنَ الجِنْسَيْنِ فَلَا تَقَعُ القِسْمَةُ تَمْيِيزًا بَلْ تَقَعُ مُعَاوَضَةً، وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ القَاضِي (وَيَقْسِمُ كُلَّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ كَثِيرٍ أَوْ قَلِيلٍ وَالْمَعْدُودِ المُتَقَارِبِ وَتِبْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحَدِيدِ وَالنُّحَاسِ وَالْإِبِلِ بِانْفِرَادِهَا وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَلَا يَقْسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا وَبِرْذَوْنًا وَحِمَارًا وَلَا يَقْسِمُ الأَوَانِيَ) لِأَنَّهَا بِاخْتِلَافِ الصَّنْعَةِ التَحَقَتْ بِالْأَجْنَاسِ المُخْتَلِفَةِ

بالمقسوم كما كان قبل القسمة؟ قلنا: ذلك شرطُ الجبر عليهما لا شرطُ القسمة بالتَّراضي إذ ذلك الشيءُ حقُّهما فلهما أن يفعلا به ما شاءا.

قوله: وَيُقْسَمُ العُرُوضُ - أي جبرًا - إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ.

قوله: وَلَا يَقْسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا وَبِرْذَوْنًا وَحِمَارًا، أي لا يقسم جبرًا في هذه الأشياء قسمةَ جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصَّةً ونصيب الآخر في البعير خاصَّةً، بل يقسم الشاة بينهم جميعًا علىٰ ما يستحقون، وكذلك في البعير وغيره لأنَّ الأجناسَ إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلًا.

قوله: وَلَا يَقْسِمُ الأَوَانِيَ، أي التحقت الأوانِي بالأجناس المختلفة بسبب الصنعة وإن كان أصلها واحدًا، كالأُجانة والقمقمة والطست المتَّخذة من الصفر مثلًا، وكذلك الأثواب المتَّخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقبَاء والجبَّة والقميص، لا يقسم القاضي بعضها في بعضٍ.

(وَيَقْسِمُ الثِّيَابَ الهَرَوِيَّةَ) لِاتِّحَادِ الصِّنْفِ (وَلَا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا) لِاشْتِمَالِ القِسْمَةِ عَلَىٰ الضَّرَرِ إِذْ هِيَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْقَطْعِ (وَلَا ثَوْبَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ إِذَا جُعِلَ ثَوْبٌ بِثَوْبَيْنِ أَوْ ثَوْبٌ وَرُبْعُ ثَوْبٍ بِثَوْبٍ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ لِأَنَّهُ قِسْمَةُ البَعْضِ

قوله: وَيَقْسِمُ الثِّيَابَ الهَرَوِيَّةَ، لِاتِّحَادِ الصِّنْفِ، وفي المبسوط: وإن كان الذي بين الشركاء ثوبًا زطيًّا وثوبًا هرويًّا ووسادةً وبساطًا لم يقسم إلا برضاهم، لأنَّ في الأجناس المختلفة تكون القسمة بطريق المعاوضة، فإنَّ كل واحد من الشريكين يملكُ علىٰ نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضًا عمَّا ملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر، وفي المعاوضات لا بُدَّ من التَّراضي.

قوله: وَلَا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا، أي عند طلب أحد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة علىٰ ضررٍ إذ هيَ لا تتحقَّقُ إلا بالقطع، وفي قطعه إتلافُ جزءٍ منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء، فإن رضيا بذلك جميعًا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضَّرر، وقد قال بعضُ مشايخنا: لا يفعل القاضي ذلك وإن تراضيا عليه، ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك، لأنَّ في هذه القسمة إتلاف جزءٍ والقاضي بقضائه يحصلُ ولا يتلفُ، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا ثَوْبَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا، لِمَا بَيَّنَّا، أي لأنه لا تتحقَّقُ إلا بالقطع لأنه لا يمكنُ التعديل إلا بالقطع أو بزيادة دراهمٍ مع الأوْكَس، ولا يجوز إدخال الدارهم في القسمة جبرًا لأنَّ القسمة حقٌّ في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب، فلو أدْخَل في القسمة الدَّراهم يقسمُ ما ليسَ بمشتركٍ، وهذا لا يصحُّ.

قوله: بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ إِذَا جُعِلَ ثَوْبٌ بِثَوْبَيْنِ أَوْ ثَوْبٌ وَرُبْعُ ثَوْبٍ بِثَوْبٍ

دُونَ البَعْضِ وَذٰلِكَ جَائِزٌ. (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَالْجَوَاهِرَ) لِتَفَاوُتِهِمَا (وَقَالَا: يَقْسِمُ الرَّقِيقَ) لِاتِّحَادِ الجِنْسِ كَمَا فِي الإِبِلِ وَالْغَنَمِ وَرَقِيقِ المَغْنَمِ، وَلَهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ المَعَانِي البَاطِنَةِ فَصَارَ كَالْجِنْسِ المُخْتَلِفِ بِخِلَافِ الحَيَوَانَاتِ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَىٰ

وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ، بأن تكون قيمة أحد الأثواب دينارًا وقيمة الآخر دينارًا أو ربع دينار وقيمة الآخر دينارًا وثلاثة أرباع دينار، فيأخذُ أحدهما ثوبًا قيمته دينارٌ وربع دينارٍ والآخر ثوبًا قيمته دينارٌ وثلاثة أرباع دينارٍ فبقي الثوب الذي قيمته دينارٌ مشتركٌ بينهما، ربعه للّذي أخذ الثوب الذي قيمته دينارٌ وثلاثة أرباع دينارٍ وثلاثة أرباعه للآخر، وهذا لأنه يصيرُ قسمة بعض المشترك دون البعض، لأنَّ كل واحد منهما ينفردُ بثوبٍ وتبقى الشركة في ثوبٍ، وذلك جائزٌ إذا لم يكن غيره مثلَ أن يقسم الضيعةَ وترك النهرَ على الشركة وهو قسمةُ بعض الملك دون البعض.

قوله: وَقَالَا: يَقْسِمُ الرَّقِيقَ، لِاتِّحَادِ الجِنْسِ، يعني أنَّ الرقيقَ جنسٌ واحدٌ إذا كانوا ذكورًا أو إناثًا، ألا ترىٰ أنَّ الرقيقَ يثبتُ في الذمة مهرًا ولا يثبت في الذمة سلمًا، كما في سائر الحيوانات فكذا في القسمة.

قوله: وَلَهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ المَعَانِي البَاطِنَةِ، كالذهن والكياسة لأنَّ من العبيد من يصلح للأمانة، ومنهم من يصلح للتجارة، ومنهم من يصلح للفروسة والخياطة والكتابة، فمتىٰ جمعَ نصيبَ كل واحد منهم في واحدٍ فاته سائر المنافع فلم تكن ذلك قسمةً وإفرازًا فلم تصر مستحقَّةً، كقسمة الحمام والأجناس المختلفة.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَىٰ مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ، وَمِنَ الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ

مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ وَمِنَ الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، بِخِلَافِ المَغَانِمِ لِأَنَّ حَقَّ الغَانِمِينَ فِي المَالِيَّةِ حَتَّىٰ كَانَ لِلْإِمَامِ بَيْعُهَا وَقِسْمَةُ ثَمَنِهَا وَهُنَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ وَالْمَالِيَّةِ جَمِيعًا فَافْتَرَقَا وَأَمَّا الجَوَاهِرُ فَقَدْ قِيلَ إِذَا اخْتَلَفَ الجِنْسُ لَا يَقْسِمُ كَاللَّآلِئِ وَالْيَوَاقِيتِ وَقِيلَ لَا يَقْسِمُ الكِبَارَ مِنْهَا لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ، وَيَقْسِمُ الصِّغَارَ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَقِيلَ يَجْرِي الجَوَابُ عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ لِأَنَّ جَهَالَةَ الجَوَاهِرِ أَفْحَشُ مِنْ جَهَالَةِ الرَّقِيقِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ عَلَىٰ لُؤْلُؤَةٍ أَوْ يَاقُوتَةٍ أَوْ خَالَعَ عَلَيْهَا لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ، وَيَصِحُّ

وَاحِدٌ، حتَّىٰ إذا اشترىٰ شخصًا علىٰ أنه عبدٌ فإذا هو جاريةٌ لا ينعقد العقد، بخلاف سائر الحيوانات، وحاصله أنَّ الرقيق إذا كان بين اثنين فهو علىٰ وجوهٍ: إن كان مع الرقيق دواب أو عروضٌ أو شيءٌ آخر قسم القاضي الكلَّ في قولهم، وإن لم يكن مع الرقيق شيءٌ آخر فإن كان ذكورًا أو إناثًا لا يقسم إلا برضاهم، وإن كان الكلُّ ذكورًا أو إناثًا وطلبَ بعض الورثة قسمتها وأبى البعض أو أبى أحد الورثة لا يقسم القاضي بينهم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولا يجبرهم علىٰ ذلك، وقال صاحباه: يقسم ويجبرهم على القسمة، والحاصل أنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يجوز الإجبار علىٰ قسمة الرقيق إلا أن يكون مع الرقيق شيءٌ آخر، وهو محلُّ القسمة الجمع كالغنم والشاة، فيقسم القاضي الكل قسمة جمع، وكان أبو بكر الرازي يقول: تأويلُ هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضا الشركاء، فأمَّا مع كراهةِ بعضهم فالقاضي لا يقسمُ، والأظهر أنَّ قسمة الجبر تجري عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ باعتبار أنَّ الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلًا في القسمة، وحكم القسمة جبرًا ثبتَ فيه فيثبت في الرقيق أيضًا تبعًا، وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعًا وإن كان لا يجوز إثباته مقصودًا، كالشرب والطريق في البيع، والمنقولات في الوقف.

ذٰلِكَ عَلَىٰ عَبْدٍ فَأَوْلَىٰ أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْقِسْمَةِ.

قَالَ: (وَلَا يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلَا بِئْرٌ، وَلَا رَحًى إِلَّا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ، وَكَذَا الحَائِطُ بَيْنَ الدَّارَيْنِ) لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ فِي الطَّرَفَيْنِ، إِذْ لَا يَبْقَىٰ كُلُّ نَصِيبٍ مُنْتَفَعًا بِهِ انْتِفَاعًا مَقْصُودًا فَلَا يَقْسِمُ القَاضِي بِخِلَافِ التَّرَاضِي لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةٌ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ قَسَمَ كُلَّ دَارٍ عَلَىٰ حِدَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِنْ كَانَ الأَصْلَحُ لَهُمْ قِسْمَةَ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ قَسَمَهَا) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الأَقْرِحَةُ المُتَفَرِّقَةُ المُشْتَرِكَةُ لَهُمَا أَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ اسْمًا وَصُورَةً، وَنَظَرًا إِلَىٰ أَصْلِ السُّكْنَىٰ أَجْنَاسٌ مَعْنًىٰ نَظَرًا إِلَىٰ اخْتِلَافِ المَقَاصِدِ، وَوُجُوهِ السُّكْنَىٰ فَيُفَوَّضُ التَّرْجِيحُ إِلَىٰ القَاضِي، وَلَهُ أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَىٰ وَهُوَ المَقْصُودُ، وَيَخْتَلِفُ ذٰلِكَ بِاخْتِلَافِ البُلْدَانِ وَالْمَحَالِّ وَالْجِيرَانِ

قوله: وَلَا يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلَا بِئْرٌ، وَلَا رَحًى - إلىٰ قوله - بِخِلَافِ التَّرَاضِي لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ ما ذكره في أوائل هذا الفصل: فإن كان كل واحدٍ يستضرُّ به لصغره لم يقسمها إلا بتَراضيهما.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الأَقْرِحَةُ المُتَفَرِّقَةُ المُشْتَرِكَةُ، أي عندهما للقاضي أن يقسم بعضها في بعضٍ كما في الدُّور، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقسم كل قراح على حدةٍ، لأنَّها تتفاوت فيما هو المقصد منها من الغلَّة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدُّور والأجناس المختلفة.

وَالْقُرْبِ إِلَىٰ الْمَسْجِدِ وَالْمَاءِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا فَلَا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ دَارٍ، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ عَلَىٰ دَارٍ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِيهِمَا فِي الثَّوْبِ بِخِلَافِ الدَّارِ الوَاحِدَةِ إِذَا اخْتَلَفَتْ بُيُوتُهَا، لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ كُلِّ بَيْتٍ عَلَىٰ حِدَةٍ ضَرَرًا فَقُسِمَتِ الدَّارُ قِسْمَةً وَاحِدَةً، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: تَقْيِيدُ الوَضْعِ فِي الكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّ الدَّارَيْنِ إِذَا كَانَتَا فِي مِصْرَيْنِ لَا تَجْتَمِعَانِ فِي القِسْمَةِ

قوله: كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِيهِمَا فِي الثَّوْبِ، أي في الوكالة والتسمية في المهر، أي لو وكَّل رجلًا بشراء دارٍ لا يصحُّ التوكيل، كما لو وكَّله بشراء ثوبٍ، وكذا لو تزوَّج امرأةً علىٰ دارٍ لا تصحُّ التسمية كما لو تزوَّج علىٰ ثوبٍ.

قوله: تَقْيِيدُ الوَضْعِ فِي الكِتَابِ، إشارةٌ إلىٰ وضع المسئلة في الكتاب في دُورٍ مقيَّدةً بكونِها في دُورٍ مقيدةً بكونِها فى مصرٍ واحدٍ، إشارة إلىٰ أنَّ الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما، كذا روىٰ هلالٌ عنهما، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه يقسم أحدهما في الأخرىٰ، ثمَّ هيَ ثلاثة فصولٍ عنده: الدُّور، والبيوت، والمنازل، فالدُّور لا تقسم عنده قسمةً واحدةً إلا برضا الشركاء سواءٌ كانت متباينةً أو متلازقةً، والبيوتُ تقسم قسمةً واحدةً سواءٌ كانت متباينةً أو متلازقةً لأنَّها تتفاوت في معنى السكنىٰ، ولهذا تؤاجر بأجرةٍ واحدةٍ في كلِّ محلةٍ، والمنازلُ إن كانت مجتمعةً في دارٍ واحدةٍ متلازقًا بعضها ببعضٍ تقسمُ قسمةً واحدةً، وإن كانت متفرِّقةً يقسمُ كل منزل علىٰ حدةٍ كان في محالٍ أو في محلةٍ لأنَّ المنزلَ فوق البيت ودون الدار، والتحقت المنازلُ بالبيوت إذا كانت متلازقةً وبالدار إذا كانت متباينةً، وقالا في الفصول كلها: ينظر القاضي إلىٰ أعْدَل الوجوه فيمضي القسمة علىٰ ذلك.

عِنْدَهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةُ هِلَالٍ عَنْهُمَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقْسَمُ إِحْدَاهُمَا فِي الأُخْرَىٰ وَالْبُيُوتُ فِي مُحَلَّةٍ أَوْ مَحَالٍ تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا بَيْنَهَا يَسِيرٌ، وَالْمَنَازِلُ الْمُتَلَازِقَةُ كَالْبُيُوتِ وَالْمُتَبَايِنَةُ كَالدُّورِ لِأَنَّهُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَأَخَذَ شَبِيهًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ دَارًا وَضِيعَةً أَوْ دَارًا وَحَانُوتًا قُسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَىٰ حِدَةٍ) لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: جَعَلَ الدَّارَ وَالْحَانُوتَ جِنْسَيْنِ، وَكَذَا ذَكَرَ الخَصَّافُ وَقَالَ فِي إِجَارَاتِ الأَصْلِ: إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالْحَانُوتِ لَا تَجُوزُ، وَهٰذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ، فَيُجْعَلَ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ أَوْ تُبْنَىٰ حُرْمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ عَلَىٰ شُبْهَةِ المُجَانَسَةِ.

قوله: وَقَالَ فِي إِجَارَاتِ الأَصْلِ: إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالْحَانُوتِ لَا تَجُوزُ، أي بمنافع الحانوت، وهذا يدلُّ علىٰ أنَّهما جنسٌ واحدٌ بما عُرف أنَّ إجارة السكنىٰ بالسكنىٰ لا تجوز، وكذا إجارة أرضٍ للزراعة بزراعة أرضٍ أخرىٰ لا تجوز، فيجعل في المسئلة روايتان.

قوله: أَوْ تُبْنَىٰ حُرْمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ - أي في إجارات الأصل - عَلَىٰ شُبْهَةِ المُجَانَسَةِ، أي هما جنسان مختلفان روايةً واحدةً والفساد ثمَّ لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنىٰ، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: كذا ذكره في الهداية وهو مشكلٌ، هذا الإشكال صدر من صاحب الكافي لأنه يؤدِّي إلى اعتبار شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها، وقد قال شمس الأئمة الحلواني: إمَّا أن يكون في المسألة روايتان، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) لِيُمْكِنَهُ حِفْظُهُ (وَيَعْدِلَهُ) يَعْنِي يُسَوِّيَهُ عَلَىٰ سِهَامِ القِسْمَةِ وَيُرْوَىٰ يَعْزِلَهُ: أَيْ يَقْطَعَهُ بِالْقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِهِ (وَيَذْرَعَهُ) لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ (وَيُقَوِّمَ البِنَاءَ) لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ فِي الآخِرَةِ

فصل في كيفية القسمة

قوله: وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ، أي ينبغي للقاسم تصويرُ ما يقسمه علىٰ قرطاسٍ ليمكنه حفظه، إذ يرفع ذلك القرطاس إلى القاضي حتَّىٰ يتولى الإقراع بينهم بنفسه إن لم يأمره بالإقراع، ثمَّ يلقِّب نصيبًا بالأوَّل والذي يليه بالثانِي والثالث علىٰ هذا، ثمَّ يكتب أساميهم ويخرج القرعة، فمن خرج اسمه أوَّلًا فله السهم الأول، ومن خرج اسمه ثانيًا فله السهم الثانِي، والأصل أن ينظر في ذلك إلى الأقلِّ من الأنصباء، حتَّىٰ إذا كان الأقلُّ ثلاثًا جعلها أثلاثًا، وإن كان سُدسًا جعلها أسداسًا ليمكن القسمة، وشرح ذلك أرضٌ بين جماعةٍ مشتركةٍ لأحدهم عشرةُ أسهمٍ ولآخرَ خمسةٌ ولآخر سهمٌ وأرادوا قسمتها، قسمت علىٰ قدر سهامهم عشرةٌ وخمسةٌ وواحدةٌ، وكيفية ذلك أن تجعل الأرضَ علىٰ عدد سهامهم وسويت وعدلت ثمَّ تجعل بنادق سهامهم عدد رُؤوسهم ويقرعُ بينهم، فأوَّل بندقة تخرج توضعُ علىٰ طرفٍ من أطراف السِّهام وهو أوَّلُ السهام، ثم ينظر إلى البندقة لمن هيَ، فإن كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم وتسعة أسهمٍ متصلةٍ بالسهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال، ثمَّ يقرع بين البقية كذلك، فأوَّل بندقةٍ تخرج توضع علىٰ طرفٍ من أطراف السهام الباقية، ثمَّ يُنظر إلى البندقة لمن هيَ،

(وَيفرزَ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ البَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشُرْبِهِ حَتَّىٰ لَا يَكُونَ لِنَصِيبِ بَعْضِهِمْ بِنَصِيبِ الآخَرِ تَعَلُّقٌ) فَتَنْقَطِعَ المُنَازَعَةُ وَيَتَحَقَّقَ مَعْنَىٰ القِسْمَةِ عَلَىٰ التَّمَامِ (ثُمَّ يُلَقِّبَ نَصِيبًا بِالْأَوَّلِ، وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِثُ عَلَىٰ هٰذَا ثُمَّ يُخْرِجَ القُرْعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا فَلَهُ السَّهْمُ الأَوَّلُ، وَمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السَّهْمُ الثَّانِي) وَالْأَصْلُ أَنْ يَنْظُرَ فِي ذٰلِكَ إِلَىٰ أَقَلِّ الأَنْصِبَاءِ، حَتَّىٰ إِذَا كَانَ الأَقَلُّ ثُلُثًا جَعَلَهَا أَثْلَاثًا، وَإِنْ كَانَ سُدُسًا جَعَلَهَا أَسْدَاسًا لِتَمَكُّنِ القِسْمَةِ، وَقَدْ شَرَحْنَاهُ مُشَبَّعًا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: وَيَفْرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشُرْبِهِ بَيَانُ الأَفْضَلِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ جَازَ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ بِتَفْصِيلِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَالْقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ القُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تُهْمَةِ المَيلِ، حَتَّىٰ

فإن كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة أسهمٍ متَّصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه، وإن كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت البندقة عليه وتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة، وتفسيرُ البندقة أن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقاتٍ ثمَّ يطوىٰ كل بطاقةٍ بعينها ويجعلها في قطعةٍ من طين ثمَّ يدلكها بين كفَّيه حتَّىٰ تصير مستديرةً فتكون شبيه البندقة.

قوله: وَالْقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ القُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تُهْمَةِ المَيلِ، فإن قيل: في الأقراع تعليقُ الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار أنه حرامٌ؟ قلنا: ليسَ هذا في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلَّقُ بما يستعملُ فيه، وهنا أصل الاستحقاق لكلِّ واحد منهم لا يتعلَّقُ بخروج القرعة، حتَّىٰ لو عيَّن القاسم لكلِّ منهم نصيبًا من غير إقراع جاز

لَوْ عَيَّنَ لِكُلٍّ مِنْهُمْ نَصِيبًا مِنْ غَيْرِ إِقْرَاعٍ جَازَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ القَضَاءِ فَيَمْلِكَ الإِلْزَامَ.

قَالَ: (وَلَا يَدْخُلُ فِي القِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ) لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْقِسْمَةُ مِنْ حُقُوقِ الِاشْتِرَاكِ، وَلِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَىٰ عَيْنِ العَقَارِ وَدَرَاهِمُ الآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ

لأنه في معنى القضاء فملك الإلزام، إلا أنه رُبَّما يتَّهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وإزاحة تُهمة الميل عن نفسه، وذلك جائزٌ، ألا ترىٰ أن يونسَ عليه السلام استعمل القرعةَ في مثل هذه مع أصحاب السفينة، كما قال الله تعالىٰ: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ۝١٤١﴾ [الصافات: ١٤١] وهذا لأنه علم أنه هو المقصود، لكن لو ألقىٰ نفسه في الماء رُبَّما ينسب إلىٰ ما لا يليقُ بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك، وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعةَ مع الأحبار في ضمِّ مريم إلىٰ نفسه، وقد كان علم أنه أحقُّ بها منهم لأنَّ خالتها كانت عنده ولكن استعمل القرعة تطييبًا لقلوبهم، قال الله تعالىٰ: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سافر أقْرَع بين نسائه مع أنه لا حقَّ لهنَّ في القسمة حالة السفر تطييبًا لقلوبهنَّ.

قوله: وَلَا يَدْخُلُ فِي القِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ، أي لا يدخل الدَّراهم التي ليست من التَّركة ليجبر بها نقصان بعض الأنصباء، وصورته دارٌ بين جماعة فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضلُ بناءٍ، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض ولا يكلِّف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدَّراهم، إلا إذا تعذَّر فحينئذٍ للقاضي ذلك.

قوله: وَدَرَاهِمُ الآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ، أي وقتَ القسمة.

وَلَعَلَّهَا لَا تُسَلَّمُ لَهُ (وَإِذَا كَانَ أَرْضٌ وَبِنَاءٌ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْسِمُ كُلَّ ذٰلِكَ عَلَىٰ اعْتِبَارِ القِيمَةِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُعَادَلَةِ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَقْسِمُ الأَرْضَ بِالْمَسَّاحَةِ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ فِي المَمْسُوحَاتِ، ثُمَّ يَرُدُّ مَنْ وَقَعَ البِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ أَوْ مَنْ كَانَ نَصِيبُهُ أَجْوَدَ دَرَاهِمَ عَلَى الآخَرِ حَتَّىٰ يُسَاوِيَهُ فَتَدْخُلَ الدَّرَاهِمُ فِي القِسْمَةِ ضَرُورَةً كَالْأَخِ لَا وِلَايَةَ لَهُ فِي المَالِ، ثُمَّ يَمْلِكُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةَ التَّزْوِيجِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ البِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِنَ العَرْصَةِ، وَإِذَا بَقِيَ فَضْلٌ وَلَمْ يُمْكِنْ تَحْقِيقُ التَّسْوِيَةِ بِأَنْ كَانَ لَا تَفِي العَرْصَةُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يُرَدُّ لِلْفَضْلِ دَرَاهِمُ، لِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي هٰذَا القَدْرِ فَلَا يُتْرَكُ الأَصْلُ إِلَّا بِهَا. وَهٰذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الأَصْلِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ وَلِأَحَدِهِمْ مَسِيلٌ فِي نَصِيبِ الآخَرِ أَوْ طَرِيقٌ لَمْ يَشْتَرِطْ فِي القِسْمَةِ، فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ عَنْهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطْرِقَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى القِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ (وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فُسِخَتِ القِسْمَةُ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مُخْتَلَّةٌ لِبَقَاءِ الِاخْتِلَاطِ فَتُسْتَأْنَفَ بِخِلَافِ البَيْعِ حَيْثُ لَا يَفْسُدُ فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ تَمَلُّكُ العَيْنِ، وَأَنَّهُ يُجَامِعُ تَعَذُّرَ الِانْتِفَاعِ

قوله: وَأَنَّهُ - أي البيع - يُجَامِعُ تَعَذُّرَ الِانْتِفَاعِ، كمن اشترىٰ جحشًا صغيرًا أو أرضًا سبخةً فإنه يجوز وإن كان لا ينتفعُ به المشتري، فأمَّا القسمةُ فالمقصود منها إيصالُ

فِي الحَالِ، أَمَّا القِسْمَةُ لِتكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَلَا يَتِمُّ ذٰلِكَ إِلَّا بِالطَّرِيقِ، وَلَوْ ذَكَرَ الحُقُوقَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ كَذٰلِكَ الجَوَابُ، لِأَنَّ مَعْنَىٰ القِسْمَةِ الإِفْرَازُ وَالتَّمْيِيزُ، وَتَمَامُ ذٰلِكَ بِأَنْ لَا يَبْقَىٰ لِكُلِّ وَاحِدٍ تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الآخَرِ وَقَدْ أَمْكَنَ تَحْقِيقُهُ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ إِلَىٰ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ فَيُصَارَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ إِذَا ذُكِرَ فِيهِ الحُقُوقُ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهِ مَا كَانَ لَهُ مِنَ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ، لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَىٰ البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ مَعَ بَقَاءِ هٰذَا التَّعَلُّقِ بِمِلْكِ غَيْرِهِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي:

كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه، وإذا لم يكن له مفتحٌ إلى الطريق ولا مسيلَ ماءٍ فهذه قسمةٌ وقعت على الضرر فلا يجوزُ، وصورته دارٌ بين رجلين وفيها صفةٌ فيها بيتٌ وباب البيت في الصفة ومسيلُ ماء ظهر البيت علىٰ ظهر الصفة فاقتسما وأصابَ الصفةَ أحدهما وقطعةً من الساحة وأصابَ البيتَ أحدهما وقطعةً من الساحة ولم يذكروا طريقًا ولا مسيلَ ماءٍ، وصاحبُ البيت يقدِر أن يفتح بابًا فيما أصابه من الساحة ويسيلُ ماؤه في ذلك فأرادَ أن يمرَّ في الصفة علىٰ حاله ويسيلُ ماؤه علىٰ ما كان فليسَ له ذلك سواءٌ شَرَطَ كلَّ واحد منهما أنَّ له إصابة بكلِّ حقٍّ له أو لم يشترط ذلك، بخلاف البيع.

قوله: وَلَوْ ذَكَرَ الحُقُوقَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، أي فيما إذا أمْكَن صرف الطريق والمسيلِ عنه.

قوله: كَذٰلِكَ الجَوَابُ، أي ليسَ له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق، ثمَّ المراد من ذكر الحقوق أن يقول: هذا لك بحقوقه، وأمَّا إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه يثبت هذه الحقوق.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي - أي فيما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه -

يَدْخُلُ فِيهَا لِأَنَّ القِسْمَةَ لِتكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَذٰلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ فَيَدْخُلُ عِنْدَ التَّنْصِيصِ بِاعْتِبَارِهِ، وَفِيهَا مَعْنَىٰ الإِفْرَازِ وَذٰلِكَ بِانْقِطَاعِ التَّعَلُّقِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، فَبِاعْتِبَارِهِ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنْصِيصِ، لِأَنَّ كُلَّ المَقْصُودِ الِانْتِفَاعُ وَذٰلِكَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِدْخَالِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ فَيَدْخُلَ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ

يَدْخُلُ فِيهَا - أي لو ذكر الحقوق - لِأَنَّ القِسْمَةَ لِتكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَذٰلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ فَيَدْخُلَ عِنْدَ التَّنْصِيصِ بِاعْتِبَارِهِ - أي باعتبار تكميل المنفعة - وَفِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ ... فَبِاعْتِبَارِهِ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ، أي باعتبار معنى الإفراز لا يدخل الطريق الذي في نصيب الآخر، وذلك لأنَّ معنى الإفراز لمَّا كان مراعًى في القسمة كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللَّذان في نصيب صاحبه وإن ذكر الحقوق في القسمة، لأنه حينئذٍ لا يحصلُ الانقطاع والإفرازُ من كل وجهٍ لكن في القسمة وإن كان معنى الإفراز ففيها معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بِهذا الطريق.

قوله: بِخِلَافِ الإِجَارَةِ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنْصِيصِ - أي بدون ذكر الحقوق - لِأَنَّ كُلَّ المَقْصُودِ الِانْتِفَاعُ وَذٰلِكَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِدْخَالِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ فَيَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وقد أَوْرَدَ في مسئلة الإجارة شبهةً في القسمة حيث لم يدخل الطريق والمسيلُ في القسمة من غير ذكر الحقوق لتصحيح القسمة حيثُ فسخت القسمةُ ودخلَ في الإجارة لتصحيح الإجارة فقال: فإن قيل: فعلىٰ هذا ينبغي أن يدخل الطريق وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة، كما إذا استأجر أرضًا دَخَلَ الشربُ والطريقُ وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة؟ قلنا: إنَّ هناك موضع الشرب والطريق ليسَ ممَّا تتناوله الإجارة لكن يتوسَّلُ به إلى الانتفاع بالمستأجَر، والأجر إنَّما يستوجبُ للآجر إذا

(وَلَوِ اخْتَلَفُوا فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي القِسْمَةِ، إنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفْتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ قَسَمَ الحَاكِمُ مِنْ غَيْرِ طَرِيقٍ يُرْفَعُ لِجَمَاعَتِهِمْ) لِتَحَقُّقِ الإِفْرَازِ بِالْكُلِّيَّةِ دُونَهُ. (وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَقِيمُ ذٰلِكَ رَفَعَ طَرِيقًا بَيْنَ جَمَاعَتِهِمْ) لِيَتَحَقَّقَ تَكْمِيلُ المَنْفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ (وَلَوِ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ جُعِلَ عَلَىٰ عَرْضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ) لِأَنَّ الحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِهِ (وَالطَّرِيقُ عَلَىٰ سِهَامِهِمْ كَمَا كَانَ قَبْلَ القِسْمَةِ) لِأَنَّ

تمكُّن المستأجر من الانتفاع، ففي إدخال الشرب والطريق توفيرُ الشفقة عليهما، فأمَّا ههنا فموضع الطريق والمسيل داخلٌ في القسمة فموجب القسمة اختصاصُ كلِّ واحد منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقًّا في نصيب الآخر تضرَّر به الآخر ولا يجوز إلحاق الضرر به بدون رضاه، وإنَّما دليل الرضا اشتِراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق، وذكر الحاكم الشهيد في المختصر أنَّهما يدخلان من غير ذكر، فعلىٰ هذا لا يحتاج إلى الفرق.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفُوا فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي القِسْمَةِ، أي قال بعضُ الشركاء: يرفع طريقًا بيننا، وقال بعضهم: لا يرفع.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ - الطريق، أي في سعته وضيقه - جُعِلَ - الطريق بينهم - عَلَىٰ عَرْضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ، لأنَّ باب الدار طريقٌ متفقٌ عليه والمختلف فيه يردُّ إلى المتفق عليه، ولأنه إذا اكتفىٰ بذلك في المدخل فكذا في السلوك.

قوله: وَالطَّرِيقُ عَلَىٰ سِهَامِهِمْ كَمَا كَانَ قَبْلَ القِسْمَةِ، لأنَّ القسمةَ في غير الطريق لا فيه، ثمَّ المرادُ من طول الطريق هو الطول من حيث الأعلىٰ لا طوله من حيث المشي، هكذا ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه وقال: ولم يرد محمد رحمه الله تعالىٰ بذكر الطول الذي هو

الْقِسْمَةَ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ لَا فِيهِ (وَلَوْ شَرَطُوا أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا جَازَ وَإِنْ كَانَ أَصْلُ الدَّارِ نِصْفَيْنِ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَىٰ التَّفَاضُلِ جَائِزَةٌ بِالتَّرَاضِي.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لَا عُلُوَّ عَلَيْهِ وَعُلُوٌّ لَا سُفْلَ لَهُ وَسُفْلٌ لَهُ عُلُوٌّ قُوِّمَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَىٰ حِدَتِهِ وَقُسِمَ بِالْقِيمَةِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِغَيْرِ ذٰلِكَ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ: يُقْسَمُ بِالذَّرْعِ؛ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ السُّفْلَ يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْعُلُوُّ مِنِ اتِّخَاذِهِ بِئْرَ مَاءٍ أَوْ سِرْدَابًا أَوْ إِصْطَبْلًا أَوْ غَيْرَ ذٰلِكَ فَلَا يَتَحَقَّقُ

ضدُّ العرض، لأنَّ ذلك الطول إنَّما يكون إلىٰ حيثُ ينتهون بها إلى الطريق الأعظم، وفائدةُ قسمة ما وراء حلولِ الباب من الأعلىٰ هيَ أنَّ أحدُ الشركاء إذا أرادَ أن يخرج جناحًا في نصيبه إن كان فوق طولِ الباب كان له ذلك، لأنَّ الهواءَ فيما زاد علىٰ طول الباب مقسومٌ بينهم فصار بانيًا خالصَ حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنعُ من ذلك، لأنَّ قدرَ طول الباب من الهواء مشتركٌ فيما بينهم، والبناء على الهواء المشترك لا يجوزمن غير رضا الشركاء، وإن كان أرضًا يرفعُ مقدار ما يمرُّ فيه ثور لأنه لا بدَّ لذلك من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمرُّ ثوران معًا وإن كان يحتاج إلىٰ ذلك لأنه كما يحتاج إلىٰ هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلىٰ ما لا يتناهىٰ.

قوله: وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لَا عُلُوَّ، له في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع، أي سفل مشترك بين رجلين لا علوَّ عليه، أو عليه علوٌّ لآخر وعلوٌّ لا سفل له أي علوٌّ مشتركٌ بين رجلين وسفلِهِ لآخر وسفل وعلوٌّ مشتركٌ بينهما.

التَّعْدِيلُ إلَّا بِالْقِيمَةِ، وَهُمَا يَقُولَانِ إنَّ القِسْمَةَ بِالذَّرْعِ هِيَ الأَصْلُ، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي المَذْرُوعِ لَا فِي القِيمَةِ فَيُصَارَ إلَيْهِ مَا أَمْكَنَ، وَالْمُرَاعَىٰ التَّسْوِيَةُ فِي السُّكْنَىٰ لَا فِي المَرَافِقِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ بِالذَّرْعِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: ذِرَاعٌ مِنْ سُفْلٍ بِذِرَاعَيْنِ مِنْ عُلُوٍّ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ قِيلَ أَجَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَىٰ عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ أَوْ أَهْلِ بَلَدِهِ فِي تَفْضِيلِ السُّفْلِ عَلَى العُلُوِّ وَاسْتِوَائِهِمَا وَتَفْضِيلِ السُّفْلِ مَرَّةً وَالْعُلُوِّ أُخْرَىٰ. وَقِيلَ هُوَ اخْتِلَافُ مَعْنًىٰ وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ مَنْفَعَةَ السُّفْلِ تَرْبُو عَلَىٰ مَنْفَعَةِ العُلُوِّ بِضَعْفِهِ لِأَنَّهَا تَبْقَىٰ بَعْدَ فَوَاتِ العُلُوِّ، وَمَنْفَعَةُ العُلُوِّ لَا تَبْقَىٰ بَعْدَ فَنَاءِ السُّفْلِ، وَكَذَا السُّفْلُ فِيهِ مَنْفَعَةُ البِنَاءِ وَالسُّكْنَىٰ، وَفِي العُلُوِّ السُّكْنَىٰ لَا غَيْرُ إذْ لَا يُمْكِنُهُ البِنَاءُ عَلَىٰ عُلُوِّهِ إلَّا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ، فَيُعْتَبَرَ ذِرَاعَانِ مِنْهُ بِذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقْصُودَ أَصْلُ

قوله: قِيلَ أَجَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَىٰ عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ أَوْ أَهْلِ بَلَدِهِ فِي تَفْضِيلِ السُّفْلِ عَلَى العُلُوِّ، وقيل أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ أجابَ بناء علىٰ ما شاهده من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو.

قوله: وَاسْتِوَائِهِمَا، فأبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ أجابَ بناءً علىٰ ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنىٰ.

قوله: وَتَفْضِيلِ السُّفْلِ مَرَّةً وَالْعُلُوِّ أُخْرَىٰ، ومحمد رحمه الله تعالىٰ شاهد اختلاف

السُّكْنَىٰ وَهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَالْمَنْفَعَتَانِ مُتَمَاثِلَتَانِ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْعَلَ مَا لَا يَضُرُّ بِالْآخَرِ عَلَىٰ أَصْلِهِ، وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الحَرِّ وَالْبَرْدِ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا فَلَا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالْقِيمَةِ، وَالْفَتْوَىٰ اليَوْمَ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَوْلُهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَىٰ التَّفْسِيرِ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ لِأَنَّ العُلُوَّ مِثْلُ نِصْفِ السُّفْلِ فَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِنَ السُّفْلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ وَمَعَهُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ العُلُوِّ فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ تُسَاوِي مِائَةً مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ، وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ المُجَرَّدِ مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ سِتَّةٌ

العادات في البلدان في ذلك فقال إنَّما يقسم بالقيمة.

قوله: وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ المَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الحَرِّ وَالْبَرْدِ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا، أي إلى العلو والسفل، وقيل في بعض البلدان يكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل، كما في مكَّة ومصر، وفي بعضها يكون بالعكس كما في الكوفة، وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل، وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو.

قوله: مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ، أي المشتمل على العلو والسفل، لأنَّ علوَّه مثل نصف السفل فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل، وموضوع هذه المسئلة أنَّها في دارٍ واحدةٍ وعنده تقسم إذا كانت في دارٍ واحدةٍ، وإن كانت في دارين فمحمولةٌ علىٰ رضاهم بذلك، إلا أنَّهم طلبوا المعادلةَ من القاضي وعنده تجوز القسمة علىٰ هذا الوجه.

وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ، لِأَنَّ عُلُوَّهُ مِثْلُ نِصْفِ سُفْلِهِ فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ كَمَا ذَكَرْنَا، وَالسُّفْلُ الْمُجَرَّدُ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ لِأَنَّهُ ضِعْفُ الْعُلُوِّ فَيُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِثْلِهِ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنْ يُجْعَلَ بِإِزَاءِ خَمْسِينَ ذِرَاعًا مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ مِائَةُ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ الْمُجَرَّدِ، وَمِائَةُ ذِرَاعٍ مِنَ الْعُلُوِّ الْمُجَرَّدِ، لِأَنَّ السُّفْلَ وَالْعُلُوَّ عِنْدَهُ سَوَاءٌ، فَخَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ بِمَنْزِلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ خَمْسُونَ مِنْهَا سُفْلٌ وَخَمْسُونَ مِنْهَا عُلُوٌّ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَاسِمُونَ وَشَهِدَ الْقَاسِمَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَذَكَرَ الْخَصَّافُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِهِمَا وَقَاسَمَا الْقَاضِيَ وَغَيْرَهُمَا سَوَاءٌ، لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَىٰ فِعْلِ أَنْفُسِهِمَا فَلَا تُقْبَلُ، كَمَنْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِفِعْلِ غَيْرِهِ فَشَهِدَ ذٰلِكَ الْغَيْرُ عَلَىٰ فِعْلِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَىٰ فِعْلِ غَيْرِهِمَا وَهُوَ الِاسْتِيفَاءُ وَالْقَبْضُ لَا عَلَىٰ فِعْلِ أَنْفُسِهِمَا، لِأَنَّ فِعْلَهُمَا التَّمْيِيزُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ بِالْقَبْضِ وَالِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ فِعْلُ الْغَيْرِ

قوله: وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَاسِمُونَ وَشَهِدَ الْقَاسِمَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا، أي إذا كان قُسمت الدارُ أو الأرضُ بين الورثة أو المشترين فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللّذان توليا القسمة أنه استوفى نصيبَه قُبلت شهادتُهما عند أبي يوسف

فَتُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِذَا قَسَمَا بِأَجْرٍ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ لِأَنَّهُمَا يَدَّعِيَانِ إِيفَاءَ عَمَلٍ أُسْتُؤْجِرَا عَلَيْهِ فَكَانَتْ شَهَادَةً صُورَةً وَدَعْوَىٰ مَعْنًىٰ فَلَا تُقْبَلُ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: هُمَا لَا يَجُرَّانِ بِهَٰذِهِ الشَّهَادَةِ إِلَىٰ أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا لِاتِّفَاقِ الْخُصُومِ عَلَىٰ إِيفَائِهِمَا الْعَمَلَ الْمُسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ التَّمْيِيزُ، وَإِنَّمَا الِاخْتِلَافُ فِي الِاسْتِيفَاءِ فَانْتَفَتِ التُّهْمَةُ (وَلَوْ شَهِدَ قَاسِمٌ وَاحِدٌ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ شَهَادَةَ الْفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَىٰ الْغَيْرِ، وَلَوْ أَمَرَ الْقَاضِي أَمِينَهُ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَىٰ آخَرَ يُقْبَلُ قَوْلُ الْأَمِينِ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ وَلَا يُقْبَلُ فِي إِلْزَامِ الْآخَرِ إِذَا كَانَ مُنْكِرًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

رحمه الله تعالى، وقال محمد وهو قول أبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ أوَّلًا والشافعي رحمه الله تعالىٰ لا تقبل، وذكر الخصَّاف أن قول محمد رحمه الله تعالىٰ مع قولهما.

* * *

بَابُ دَعْوَى الغَلَطِ فِي القِسْمَةِ وَالِاسْتِحْقَاقِ فِيهَا

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمُ الغَلَطَ وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَىٰ ذٰلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ يَدَّعِي فَسْخَ القِسْمَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ اسْتَحْلَفَ الشُّرَكَاءَ فَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ جُمِعَ بَيْنَ نَصِيبِ النَّاكِلِ وَالْمُدَّعِي فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمَا) ، لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ خَاصَّةً فَيُعَامَلَانِ عَلَىٰ زَعْمِهِمَا، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: يَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا لِتَنَاقُضِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ مَنْ بَعْدُ (وَإِنْ قَالَ قَدِ اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي وَأَخَذْتُ بَعْضَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الغَصْبَ وَهُوَ مُنْكِرٌ (وَإِنْ قَالَ أَصَابَنِي إِلَىٰ مَوْضِعِ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا وَفُسِخَتِ

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قوله: وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ، أي أقرَّ بالاستيفاء.

قوله: وَإِلَيْهِ أَشَارَ مَنْ بَعْدُ، وهو قوله: وَإِنْ قَالَ أَصَابَنِي إِلَىٰ مَوْضِعِ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ ... تَحَالَفَا، ففي هذا إشارةٌ إلىٰ أنه لا تقبلُ دعواه فيما إذا أَشْهَدَ علىٰ نفسه بالاستيفاء لأنَّ عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن

الْقِسْمَةُ) لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالْقِسْمَةِ فَصَارَ نَظِيرَ الِاخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ الْمَبِيعِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَحْكَامِ التَّحَالُفِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ دَعْوَىٰ الغَبْنِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي البَيْعِ فَكَذَا فِي القِسْمَةِ لِوُجُودِ التَّرَاضِي، (إِلَّا إِذَا كَانَتِ

لمعنًى، إلا أنَّ التناقض مانعٌ لصحَّة الدعوىٰ ولا تحالف عند عدم صحة الدَّعوى، ألا ترىٰ أنه يجري التحالف عند صحَّة الدعوىٰ لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصلَ له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع، ويُؤيِّدُ قوله ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلًا لتناقضه ما ذكر في قسمة فتاوىٰ قاضي خان في تقسيم وجوه الغلط حيثُ قال: ومنها أن تكون المنازعةُ بينهما بعد ما شهدَ كلُّ واحد منهما على القبض واستيفاء الحقِّ بصفة التمام، ثمَّ يقول أحدهما حقي الذي في يدك وحقك الذي في يدي، أو يقول: قد قسمناه ولكن أخذتُ أنا بعض حقي دون البعض لا تسمعُ دعواه ولا خصومةَ بعد ما أشهد على القبض والاستيفاء، وفي المبسوط في باب دعوى الغلط من القسمة قال: رجلٌ ماتَ وترك ابنين ودارًا فاقتسما الدار وأخذ كلُّ واحد منهما النصفَ وأشْهَدا على القسمة والقبض والوفاء، ثمَّ ادعَّىٰ أحدهما بيتًا في يد صاحبه لم يصدق علىٰ ذلك إلا أن يقرَّ به صاحبه من قبل أنه أشهد على الوفاء، يعني أقرَّ باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقضٌ فيما يدَّعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينةٌ علىٰ ذلك، ولكن أقرَّ به صاحبه فإقراره ملزمٌ إيَّاه، والمناقضُ إذا صدقه خصمه فيما يدَّعي يثبت الاستحقاق له، وإن لم يكن أشْهَد بالوفاء لم يسمع منه إقراره بالقسمة والقولُ قوله مع يمينه.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ دَعْوَى الغَبْنِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي البَيْعِ فَكَذَا فِي القِسْمَةِ، إذا ظهر في القسمة غبنٌ إن كان يسيرًا فلا يعتبرُ أصلًا، وإن كان

الْقِسْمَةُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَالْغَبْنُ فَاحِشٌ) لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِالْعَدْلِ (وَلَوِ اقْتَسَمَا دَارًا وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ طَائِفَةً فَادَّعَىٰ أَحَدُهُمْ بَيْتًا فِي يَدِ الْآخَرِ أَنَّهُ مِمَّا أَصَابَهُ بِالْقِسْمَةِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ) لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُؤْخَذُ بِبَيِّنَةِ الْمُدَّعِي) لِأَنَّهُ خَارِجٌ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ تَتَرَجَّحُ عَلَىٰ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ (وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْإِشْهَادِ عَلَى الْقَبْضِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا، وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْحُدُودِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَىٰ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالْجُزْءِ

فاحشًا إن كانت القسمة بقضاء القاضي تبطلُ عند الكلِّ، وإن كانت بالتَّراضي لم يذكر محمد رحمه الله تعالىٰ هذا الفصلَ في الكتاب، وحُكيَ عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ أنه كان يقول: لقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوىٰ لأنَّ القسمةَ في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع لا تصحُّ لأنه لا فائدةَ فيه، فإنَّ البيع من المالك لا ينقضُ بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصيِّ، ولقائلٍ أن يقول: تسمع هذه الدعوىٰ لأنَّ المعادلةَ شرطٌ في القسمة والتعديلُ في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، وإذا ظهرَ في القسمة غبنٌ فاحشٌ كان شرطُ جواز القسمة فائتًا فيجب نقضها، والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالىٰ كان يأخذ بالقول الأوَّل، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثانِي، كذا في الذخيرة، وفي فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ جعل القول الأخير أوْلىٰ، وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يسمع دعواه الغلط والغبن، أي بعد قسمة التركة بالتَّراضي، وله أن يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي وهو الصحيح.

قوله: وَلَوِ اقْتَسَمَا دَارًا وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ طَائِفَةً، هذه المسئلة عينُ مسئلة أوَّل الباب، إلا أنَّها أعيدت لبناء مسئلةٍ أخرىٰ عليها.

قوله: وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْحُدُودِ، بأن قال أحدهما هذا الحدُّ لي قد دَخَل في

الَّذِي هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحَالَفَا) كَمَا فِي الْبَيْعِ.

فَصْلٌ: [فِي بَيَانِ الِاسْتِحْقَاقِ]

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَمْ تُفْسَخِ الْقِسْمَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَرَجَعَ بِحِصَّةِ ذٰلِكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْسَخُ الْقِسْمَةُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ، وَهٰكَذَا ذُكِرَ فِي الْأَسْرَارِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ

نصيبه، وقال الآخرُ هذا الحدُّ لي قد دَخَل في نصيبه، والله تعالىٰ أعلم.

فصل: [في بيان الاستحقاق]

قوله: ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ، وَهٰكَذَا ذُكِرَ فِي الْأَسْرَارِ، أي ذكر الاختلاف في الأسرار في استحقاق بعض بعينه، كذا هنا وقع سهوًا، لأنَّ وضع المسئلة في الأسرار في استحقاق بعض شائعٌ، والمذكورُ فيه دارَ بين رجلين اقتسماها نصفين ثمَّ استحقَّ النصف من نصيب أحدهما شائعًا لم تبطل القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولكن يخيَّر المستحق عليه إن شاء ردَّ الباقي واقتسم ثانيًا، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحقَّ ولم ينقض، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: انتقضت القسمة، وقول محمد رحمه الله تعالىٰ مضطربٌ، فأبو يوسف رحمه الله تعالىٰ يقول القسمة للإفراز وحين استحقَّ جزءٌ شائع من نصيب أحدهما تبيَّن أنَّ الإفراز كان باطلًا، كما لو استحقَّ النصف

الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، فَأَمَّا فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ لَا تُفْسَخُ القِسْمَةُ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي الكُلِّ تُفْسَخُ بِالِاتِّفَاقِ، فَهٰذِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ. وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ، وَذَكَرَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَأَبُو حَفْصٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الأَصَحُّ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكٌ ثَالِثٌ لَهُمَا، وَالْقِسْمَةُ بِدُونِ رِضَاهُ بَاطِلَةٌ، كَمَا إِذَا اُسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي النَّصِيبَيْنِ، وَهٰذَا لِأَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ يَنْعَدِمُ مَعْنَىٰ القِسْمَةِ وَهُوَ الإِفْرَازُ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ شَائِعًا، بِخِلَافِ المُعَيَّنِ. وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَىٰ الإِفْرَازِ لَا يَنْعَدِمُ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلِهٰذَا جَازَتِ القِسْمَةُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ فِي الِابْتِدَاءِ بِأَنْ كَانَ النِّصْفُ المُقَدَّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ ثَالِثٍ وَالنِّصْفُ المُؤَخَّرُ

من النصيبين جميعًا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول بأنَّ الاستحقاق لم يوجب شيوعًا في نصيب الآخر فلا تنتقض القسمة، كما لو استحقَّ بيتًا بعينه من نصيب أحدهما.

قوله: فَهٰذِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، الأوَّلُ أن يستحقَّ جزءٌ شائعٌ من كل الدار، والثاني أن يستحق جزءٌ بعينه، والوجه الثالث أن يستحق جزءٌ شائعٌ من نصيب أحدهم.

قوله: لِأَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ يَنْعَدِمُ مَعْنَى القِسْمَةِ وَهُوَ الإِفْرَازُ، أمَّا فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهرٌ، وكذلك في نصيب الآخر لأنه يوجبُ الرجوعَ بحصته في نصيب الآخر شائعًا، بخلاف المعيَّن لأن باستحقاق بعض معيَّن يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض.

قوله: بِأَنْ كَانَ النِّصْفُ المُقَدَّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ ثَالِثٍ، أي لواحدٍ منهم نصفٌ

بَيْنَهُمَا لَا شَرِكَةَ لِغَيْرِهِمَا فِيهِ فَاقْتَسَمَا عَلَىٰ أَنَّ لِأَحَدِهِمَا مَا لَهُمَا مِنَ الْمُقَدَّمِ وَرُبُعِ الْمُؤَخَّرِ يَجُوزُ فَكَذَا فِي الِانْتِهَاءِ وَصَارَ كَاسْتِحْقَاقِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، بِخِلَافِ الشَّائِعِ فِي النَّصِيبَيْنِ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَتِ الْقِسْمَةُ لَتَضَرَّرَ الثَّالِثُ بِتَفَرُّقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا لَا ضَرَرَ بِالْمُسْتَحِقِّ فَافْتَرَقَا، وَصُوَرُ الْمَسْأَلَةِ: إِذَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا الثُّلُثَ الْمُقَدَّمَ مِنَ الدَّارِ وَالْآخَرُ الثُّلُثَيْنِ مِنَ الْمُؤَخَّرِ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ ثُمَّ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْمُقَدَّمِ، فَعِنْدَهُمَا إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْقِسْمَةَ دَفْعًا لِعَيْبِ التَّشْقِيصِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمُؤَخَّرِ، لِأَنَّهُ لَوِ اسْتَحَقَّ كُلَّ الْمُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصْفِ مَا فِي يَدِهِ، فَإِذَا اسْتَحَقَّ النِّصْفَ رَجَعَ بِنِصْفِ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبُعُ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ، وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ الْمُقَدَّمِ نِصْفَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ النِّصْفَ الْبَاقِي شَائِعًا رَجَعَ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِ الْآخَرِ عِنْدَهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا وَسَقَطَ خِيَارُهُ بِبَيْعِ الْبَعْضِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَضْمَنُ قِيمَةَ نِصْفِ مَا بَاعَ لِصَاحِبِهِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَنْقَلِبُ فَاسِدَةً عِنْدَهُ، وَالْمَقْبُوضُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ مَمْلُوكٌ فَنَفَذَ الْبَيْعُ فِيهِ وَهُوَ مَضْمُونٌ

والنصفُ الآخر بين اثنين على السوية والمؤخَّر بين هذين الاثنين على السوية أيضًا، فاقتسم الاثنان علىٰ أن يأخذا نصيبهما من النصف المقدَّم مع ربع النصف المؤخَّر ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك، وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخَّر فيكون لكلِّ واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار، لأنَّ حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرْبَاع جميع الدار، وما لا يمنعُ

بِالْقِيمَةِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَقَعَتِ القِسْمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ رُدَّتِ القِسْمَةُ) لِأَنَّهُ يَمْنَعُ وُقُوعَ المِلْكِ لِلْوَارِثِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُحِيطٍ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِالتَّرِكَةِ، إِلَّا إِذَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ مَا يَفِي بِالدَّيْنِ وَرَاءَ مَا قَسَمَ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَىٰ نَقْضِ القِسْمَةِ فِي إِيفَاءِ حَقِّهِمْ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ الغُرَمَاءُ بَعْدَ القِسْمَةِ أَوْ أَدَّاهُ الوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ وَالدَّيْنُ مُحِيطٌ أَوْ غَيْرُ مُحِيطٍ جَازَتِ القِسْمَةُ لِأَنَّ المَانِعَ قَدْ زَالَ. وَلَوِ ادَّعَىٰ أَحَدُ المُتَقَاسِمَيْنِ دَيْنًا فِي التَّرِكَةِ

ابتداء القسمة لا يمنعُ بقاءها بالطريق الأوْلىٰ.

قوله: وَلَوْ وَقَعَتِ القِسْمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ رُدَّتِ القِسْمَةُ، أي إذا لم يؤدِّ الورثة الدينَ لم يبرأ الغرماء، أمَّا إذا أدَّاه الورثةُ أو أبْرَأ الغرماء جازت القسمة، اعلم أنَّ الورثة إن طلبوا قسمة التَّركة من القاضي وعلى الميِّت دَينٌ والقاضي يعلمُ به وصاحب الدين غائبٌ، فإن كان الدين مستغرقًا للتَّركة فالقاضي لا يقسمها بينهم لأنه لا ملكَ لهم في التَّركة لأنَّ الدين مقدَّمٌ على الميراث والقسمة لتوصل كل واحد من الشركاء إلى الانتفاع بنصيبه، وذلك للورثة بعد قضاء الدين، قال الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] فلا يكون في القسمة فائدةٌ فلا يقسمها، وإن كان الدين غير مستغرق للتَّركة فالقياس أن لا يقسمها أيضًا، بل يوقف الكلَّ لأنَّ الدين شاغلٌ لكل جزءٍ من أجزاء التَّركة، حتَّىٰ لو هلك جميع التركة إلَّا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين، وهذا القياس قولُ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ الأوَّل ولكنه استحسنَ فقال: قلَّمَا تخلو التركة عن دين يسيرٍ، ويُقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم، فالأحسنُ أن ينظر للفريقين جميعًا فيوقف من التَّركة قدر الدين لحقِّ الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاةً

صَحَّ دَعْوَاهُ لِأَنَّهُ لَا تَنَاقُضَ، إِذِ الدَّيْنُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَعْنَىٰ وَالْقِسْمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ، وَلَوِ ادَّعَىٰ عَيْنًا بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ لَمْ يُسْمَعْ لِلتَّنَاقُضِ، إِذِ الإِقْدَامُ عَلَى القِسْمَةِ اعْتِرَافٌ بِكَوْنِ المَقْسُومِ مُشْتَرَكًا.

لحقِّهم، وفيه نظرٌ للميِّت أيضًا من حيثُ إنَّ وارثه يقوم لحفظ نصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونًا عليه ما لم يصل إلىٰ صاحب الدين حقَّه، والله تعالىٰ أعلمُ.

* * *

فَصْلٌ فِي المُهَايَأَةِ

الْمُهَايَأَةُ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا لِلْحَاجَةِ إلَيْهِ، إذْ قَدْ يَتَعَذَّرُ الِاجْتِمَاعُ عَلَىٰ الِانْتِفَاعِ فَأَشْبَهَ القِسْمَةَ. وَلِهٰذَا يَجْرِي فِيهِ جَبْرُ القَاضِي كَمَا يَجْرِي فِي القِسْمَةِ، إلَّا أَنَّ القِسْمَةَ أَقْوَىٰ مِنْهُ فِي اسْتِكْمَالِ المَنْفَعَةِ لِأَنَّهُ جَمْعُ

فصل في المهايأة

الهيئةُ هيَ الحالة الظاهرة للمتهيِّء للشيء، والتهايُؤ تفاعلٌ فيها، وهو أن يتواضعوا علىٰ أمرٍ فيتَراضونه، وحقيقته أنَّ كلًّا منهم يرضىٰ بحالةٍ ويختارها، أمَّا المهايأة بإبدال الهمزة: المفاعلة، وهيَ في لسان الشرع قسمة المنافع، وإنَّها جائزةٌ في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بِها مع بقاء عينها، وهيَ واجبةٌ إذا طلبها البعضُ دون البعض، وتكلَّموا في كيفية جوازها، قالوا: إن كانت في الجنس الواحد والمنفعة تتفاوت تفاوتًا يسيرًا كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازًا من وجهٍ مبادلةً من وجهٍ، حتَّىٰ لا يتفرَّدُ أحدهما بِها، وإذا طَلَبَ أحدهما أجبر الآخر عليها إن لم يطلب القسمة، وإن كانت في الجنس المختلف كالدُّور والعبيد يعتبر مبادلةً من كل وجهٍ حتى لا يجوز من غير رضاهما، وهذا لِمَا ذكرنا أنَّها قسمة المنافع فيعتبرُ بقسمة الأعيان وهيَ اعتبرت مبادلةً من كل وجهٍ في الجنس المختلف، ومبادلةً من وجهٍ، وإفرازٌ من وجهٍ في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتًا يسيرًا، وبعضهم قالوا بأنَّها في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتًا يسيرًا يعتبر إفرازًا من وجهٍ عاريةً من وجهٍ كان ما يستوفيه كلُّ واحد منهما من المنافع بعضه له وبعضه نصيب صاحبه عاريةً له من صاحبه، ولا تعتبر مبادلةً

المَنَافِعِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، وَالتَّهَايُؤُ جَمْعٌ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَلِهٰذَا لَوْ طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ القِسْمَةَ وَالْآخَرُ المُهَايَأَةَ يَقْسِمُ القَاضِي لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّكْمِيلِ. وَلَوْ وَقَعَتْ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا القِسْمَةَ يَقْسِمُ وَتَبْطُلُ المُهَايَأَةُ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ، وَلَا يَبْطُلُ التَّهَايُؤُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَا بِمَوْتِهِمَا لِأَنَّهُ لَوِ انْتَقَضَ لَاسْتَأْنَفَهُ الحَاكِمُ فَلَا فَائِدَةَ فِي النَّقْضِ ثُمَّ الِاسْتِئْنَافِ (وَلَوْ تَهَايَآ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَىٰ أَنْ يَسْكُنَ هٰذَا طَائِفَةً وَهٰذَا طَائِفَةً أَوْ هٰذَا عُلُوَّهَا وَهٰذَا سُفْلَهَا جَازَ) لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ

بوجهٍ ما لجوازها في الجنس الواحد، ولو كانت مبادلةً من وجهٍ لَمَا جاز فيه لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها والجنس بانفراده يحرمُ النساء، ولأنه ينفرد أحدهما بنقضها بعذرٍ وبغير عذرٍ، ولو كانت مبادلةً من وجهٍ لَمَا تفرَّد أحدهما لذلك كما في الإجارة، لكن الأوَّلَ أصحُّ لأنَّ العاريةَ لا تكون بعوضٍ وهذا بعوضٍ، لأنَّ كلَّ واحد منهما إنَّما يترك المنفعة من نصيبه علىٰ صاحبه في نوبة صاحبه، حتَّىٰ يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته، وإنَّما لم تجز النساء لأنَّ القياس أن لا تحرم النَّساء بأحد وصفي علة الربا، لأنَّ الدَّين من العين مستويان في القدر، إلا أنَّ للعين فضل الجودة لِمَا أنَّ العين خيرٌ من الدين وأجْوَد منه، وبالفضل من حيث الجَوْدَة لا تحرمُ عند وجود وصفي علة الربا فلَأَن لا يحرم عند وجود أحدهما أوْلىٰ، إلَّا أنَّا أثبتنا هذه الحرمة عند أحد وصفي علة الربا بالنصِّ، بخلاف القياس والنصِّ وَرَدَ فيما هو مبادلةٌ من كلِّ وجهٍ والمهايأة مبادلةٌ من وجهٍ إفرازٌ من وجهٍ فيُعمل فيها بالقياس.

قوله: عَلَىٰ أَنْ يَسْكُنَ هٰذَا طَائِفَةً - يعني ناحيةً من الدار - وَهٰذَا طَائِفَةً، أي ناحيةً أُخرىٰ منها.

جَائِزَةٌ فَكَذَا المُهَايَأَةُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي هٰذَا الوَجْهِ إِفْرَازٌ لِجَمِيعِ الأَنْصِبَاءِ لَا مُبَادَلَةٌ وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْقِيتُ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ بِالْمُهَايَأَةِ شُرِطَ ذٰلِكَ فِي العَقْدِ أَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ) لِحُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَىٰ مِلْكِهِ (وَلَوْ تَهَايَئَا فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ عَلَىٰ أَنْ يَخْدُمَ هٰذَا يَوْمًا وَهٰذَا يَوْمًا جَازَ) ، وَكَذَا هٰذَا فِي البَيْتِ الصَّغِيرِ (لِأَنَّ المُهَايَأَةَ قَدْ تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ حَيْثُ المَكَانِ) وَالأَوَّلُ مُتَعَيِّنٌ هَاهُنَا (وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي التَّهَايُؤِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فِي مَحَلٍّ يَحْتَمِلُهُمَا يَأْمُرُهُمَا القَاضِي بِأَنْ يَتَّفِقَا) لِأَنَّ التَّهَايُؤَ فِي المَكَانِ أَعْدَلُ وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ، فَلَمَّا اخْتَلَفَتِ الجِهَةُ لَا بُدَّ مِنَ الِاتِّفَاقِ ....

قوله: وَالتَّهَايُؤُ فِي هٰذَا الوَجْهِ إِفْرَازٌ لِجَمِيعِ الأَنْصِبَاءِ، إنَّما قيَّد بقوله: في هذا الوجه، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانبٍ آخر منها في زمانٍ واحدٍ، لأنه إذا اتَّحد زمان الاستيفاء يجعل إفرازًا لا مبادلةً، لأنَّهما إذا تَهاياآ مكانين في زمانٍ واحدٍ يتحقَّقُ معنى الإفراز، وأمَّا إذا كان التهايؤ في الزمانين في مكانٍ واحدٍ لا يمكن جعله إفرازًا، بل يجعل كلُّ واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته فكان مبادلةً لا إفرازًا.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْقِيتُ، إيضاحٌ علىٰ أنه إفرازٌ، لأنه لو كان مبادلةً لا يشترط التأقيت كما في الإجارة، لأنه لو كان مبادلةً كان تمليكُ المنافع بالعوض فيلتحق بالإجارة حينئذٍ فيشترطُ التأقيت.

قوله: لِأَنَّ التَّهَايُؤَ فِي المَكَانِ أَعْدَلُ، لأنَّ كلَّ واحد منهما ينتفعُ في زمانٍ واحدٍ.

قوله: وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ، لأنه ينتفع بجميع الدار.

(فَإِنِ اخْتَارَاهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ يُقْرَعُ فِي البِدَايَةِ) نَفْيًا لِلتُّهَمَةِ (وَلَوْ تَهَايَآ فِي العَبْدَيْنِ عَلَىٰ أَنْ يَخْدُمَ هٰذَا هٰذَا العَبْدُ وَالْآخَرَ الآخَرُ جَازَ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَهُمَا جَبْرًا مِنَ القَاضِي وَبِالتَّرَاضِي فَكَذَا المُهَايَأَةُ. وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَقْسِمُ القَاضِي. وَهٰكَذَا رُوِيَ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ عِنْدَهُ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَقْسِمُ القَاضِي عِنْدَهُ أَيْضًا، لِأَنَّ المَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ الخِدْمَةِ قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ، بِخِلَافِ أَعْيَانِ الرَّقِيقِ لِأَنَّهَا تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ تَهَايَئَا فِيهِمَا عَلَىٰ أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عَبْدٍ عَلَىٰ مَنْ يَأْخُذُهُ جَازَ) اسْتِحْسَانًا لِلْمُسَامَحَةِ فِي إِطْعَامِ المَمَالِيكِ بِخِلَافِ شَرْطِ الكِسْوَةِ لَا يُسَامَحُ فِيهَا (وَلَوْ تَهَايَآ فِي دَارَيْنِ عَلَىٰ أَنْ يَسْكُنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا جَازَ وَيُجْبِرُ القَاضِي عَلَيْهِ) وَهٰذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ الدَّارَيْنِ عِنْدَهُمَا كَدَارٍ وَاحِدَةٍ. وَقَدْ قِيلَ لَا يُجْبِرُ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِالْقِسْمَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

قوله: فَإِنِ اخْتَارَاهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ، إنَّما قيَّد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق، لأنَّ التسويةَ في المكان ممكنٌ في الحال بأن يسكن هذا بعضها والآخر بعضها، أمَّا التسويةُ من حيث الزمان فلا يمكن إلَّا أن تمضي مدَّة أحدهما ثمَّ يسكن الآخر مثل تلك المدَّة، فيقرع نفيًا للتهمة وتطييبًا للقلوب.

قوله: وَلَوْ تَهَايَآ فِي دَارَيْنِ، أي على السكنىٰ والغلَّة.

قوله: وَقَدْ قِيلَ لَا يُجْبِرُ عِنْدَهُ، وهو قول الكرخي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ فِيهِمَا أَصْلًا، أي

اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ فِيهِمَا أَصْلًا بِالْجَبْرِ لِمَا قُلْنَا، وَبِالتَّرَاضِي لِأَنَّهُ بَيْعُ السُّكْنَىٰ بِالسُّكْنَىٰ، بِخِلَافِ قِسْمَةِ رَقَبَتِهِمَا لِأَنَّ بَيْعَ بَعْضِ أَحَدِهِمَا بِبَعْضِ الآخَرِ جَائِزٌ. وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ التَّفَاوُتَ يَقِلُّ فِي المَنَافِعِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي وَيَجْرِي فِيهِ جَبْرُ القَاضِي وَيُعْتَبَرُ إِفْرَازًا أَمَّا التَّفَاوُتُ فَيَكْثُرُ فِي أَعْيَانِهِمَا فَاعْتُبِرَ مُبَادَلَةً.

(وَفِي الدَّابَّتَيْنِ لَا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ عَلَى الرُّكُوبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الأَعْيَانِ. وَلَهُ أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الرَّاكِبِينَ فَإِنَّهُمْ بَيْنَ حَاذِقٍ وَأَخْرَقَ. وَالتَّهَايُؤُ فِي الرُّكُوبِ فِي دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ العَبْدِ لِأَنَّهُ يَخْدُمُ بِاخْتِيَارِهِ فَلَا يَتَحَمَّلُ زِيَادَةً عَلَىٰ طَاقَتِهِ وَالدَّابَّةُ تَحْمِلُهَا. وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فِي الِاسْتِغْلَالِ يَجُوزُ فِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَفِي العَبْدِ الوَاحِدِ وَالدَّابَّةِ الوَاحِدَةِ لَا يَجُوزُ. وَوَجْهُ الفَرْقِ هُوَ أَنَّ النَّصِيبَيْنِ، يَتَعَاقَبَانِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَالِاعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ. وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ فِي العَقَارِ وَتَغَيُّرُهُ فِي الحَيَوَانِ لِتَوَالِي أَسْبَابِ التَّغَيُّرِ عَلَيْهِ فَتَفُوتُ المُعَادَلَةُ.

لا بطريق الجبر ولا بطريق التَّراضي، أمَّا بالجبر فلِمَا قلنا وهو قوله: اعْتِبَارًا بِالْقِسْمَةِ، وبالتَّراضي لأنه بيع السكنىٰ بالسكنىٰ وهو غيرُ جائزٍ علىٰ ما مرَّ في الإجارات، وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذُكر أنَّ الحرمةَ عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتةٌ بالنصِّ بخلاف القياس، والنصُّ وَرَدَ فيما هو مبادلةٌ من كل وجهٍ وهو البيع، والمهايأة إفرازٌ من وجهٍ مبادلةٌ من وجهٍ فيعمل فيها بقضية القياس.

وَلَوْ زَادَتِ الغَلَّةُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا عَلَيْهَا فِي نَوْبَةِ الآخَرِ يَشْتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ لِيَتَحَقَّقَ التَّعْدِيلُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ التَّهَايُؤُ عَلَى المَنَافِعِ فَاسْتَغَلَّ أَحَدُهُمَا فِي نَوْبَتِهِ زِيَادَةً، لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيمَا وَقَعَ عَلَيْهِ التَّهَايُؤُ حَاصِلٌ وَهُوَ المَنَافِعُ فَلَا تَضُرُّهُ زِيَادَةُ الِاسْتِغْلَالِ مِنْ بَعْدُ (وَالتَّهَايُؤُ عَلَى الِاسْتِغْلَالِ فِي الدَّارَيْنِ جَائِزٌ) أَيْضًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ فَضَلَ غَلَّةُ أَحَدِهِمَا لَا يَشْتَرِكَانِ فِيهِ بِخِلَافِ الدَّارِ الوَاحِدَةِ. وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي الدَّارَيْنِ مَعْنَىٰ التَّمْيِيزِ، وَالْإِفْرَازُ رَاجِحٌ لِاتِّحَادِ زَمَانِ الِاسْتِيفَاءِ، وَفِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ يَتَعَاقَبُ الوُصُولُ فَاعْتُبِرَ قَرْضًا وَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي نَوْبَتِهِ كَالْوَكِيلِ عَنْ صَاحِبِهِ فَلِهٰذَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حِصَّتَهُ مِنَ الفَضْلِ، وَكَذَا يَجُوزُ فِي العَبْدَيْنِ عِنْدَهُمَا اعْتِبَارًا بِالتَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ فِي العَبْدِ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: وَالِاعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ، إلىٰ آخره.

قوله: اعْتِبَارًا بِالتَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ، وهو التهايؤ في الاستخدام الخالي عن الاستغلال.

قوله: لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ - أي من التفاوت - مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ فِي العَبْدِ الوَاحِدِ، ثمَّ التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فأوْلىٰ أن لا يجوز في العبدين، ولٰكنَّهما يفرقان بين جواز التهايؤ في استغلال العبدين وبين عدم جواز التهايؤ في استغلال العبد الواحد، ذكره في المبسوط، وقال: فهما يقولان معنى القسمة والتميیز يتَرجَّح في غلة العبدين، لأنَّ كل واحد منهما يصل إلىٰ نصيبه في الوقت الذي يصلُ إليه صاحبه فيجوز ذلك، كما في المهايأة في الخدمة وفي غلة الدارين، فأمَّا في

الوَاحِدِ فَأَوْلَىٰ أَنْ يَمْتَنِعَ الجَوَازُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي الخِدْمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً، وَلَا ضَرُورَةَ فِي الغَلَّةِ لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا لِكَوْنِهَا عَيْنًا، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ التَّسَامُحُ فِي الخِدْمَةِ وَالِاسْتِقْصَاءُ فِي الِاسْتِغْلَالِ فَلَا يَنْقَسِمَانِ (وَلَا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَيْنِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا) وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ (وَلَوْ كَانَ نَخْلٌ أَوْ شَجَرٌ أَوْ غَنَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَتَهَايَآ عَلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً يَسْتَثْمِرُهَا أَوْ يَرْعَاهَا وَيَشْرَبُ أَلْبَانَهَا لَا يَجُوزُ) لِأَنَّ المُهَايَأَةَ فِي المَنَافِعِ ضَرُورَةُ أَنَّهَا لَا تَبْقَىٰ فَيَتَعَذَّرُ قِسْمَتُهَا، وَهٰذِهِ أَعْيَانٌ بَاقِيَةٌ تَرِدُ عَلَيْهَا القِسْمَةُ عِنْدَ حُصُولِهَا. وَالْحِيلَةُ أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مِنَ الآخَرِ ثُمَّ يَشْتَرِيَ كُلَّهَا بَعْدَ مُضِيِّ نَوْبَتِهِ أَوْ يَنْتَفِعَ بِاللَّبَنِ بِمِقْدَارٍ مَعْلُومٍ اسْتِقْرَاضًا لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ، إِذْ قَرْضُ المُشَاعِ جَائِزٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلبُ لأنه يصلُ أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه، وفيه معنى الخطر، فرُبَّما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة، ورُبَّما يمتنعُ عن الخدمة بدعوى الحرية، ومعنى الخطر في المعاوضة مبطلٌ له، وبه فارَقَ غلة الدَّار الواحدة لأنَّ الغالب فيها السلامةَ.

قوله: وَالتَّهَايُؤُ فِي الخِدْمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً، هذا جواب إشكالٍ يردُ علىٰ قوله: لأنَّ التفاوت في أعيان الرقيق أكثرُ، وهو أن يقال: لو كان التعليلُ بالتفاوت في أعيان الرقيق معوَّلًا عليه لَمَا جاز ذلك في الاستخدام؟ فأجاب أنَّ في الاستخدام ضرورةٌ لأنه لا يمكن قسمتها، ولا ضرورةَ في الغلَّة لإمكان قسمتها لكونها عينًا.

قوله: وَالْحِيلَةُ أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مِنَ الآخَرِ، أي من الشجر والغنم، والله تعالىٰ أعلم.

كِتَابُ المُزَارَعَةِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: المُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ) اعْلَمْ أَنَّ المُزَارَعَةَ لُغَةً: مُفَاعَلَةٌ مِنَ الزَّرْعِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هِيَ عَقْدٌ عَلَىٰ الزَّرْعِ بِبَعْضِ الخَارِجِ. وَهِيَ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هِيَ جَائِزَةٌ لِمَا رُوِيَ أَنَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَىٰ نِصْفِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ» وَلِأَنَّهُ عَقْدُ شَرِكَةٍ بَيْنَ

كتاب المزارعة

قوله: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: المُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ، وإنَّما قيَّد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة بالنصف أيضًا، وكذا بالخمس والسُّدس وغير ذلك من المقادير عنده، تبرُّكًا بلفظ الحديث، وهو ما رُوِيَ عن زيد بن ثابت رضي الله تعالىٰ عنه أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نَهىٰ عن المخابرة، فقيل: وما المخابرة؟ قال: «المزارعة بالثلث والربع»، وإنَّما خصَّ الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير.

قوله: اعْلَمْ أَنَّ المُزَارَعَةَ لُغَةً: مُفَاعَلَةٌ مِنَ الزَّرْعِ، هيَ تقتضي فعلًا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة، وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين، وإنَّما سُمِّيَ بِها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب.

المَالِ وَالْعَمَلِ فَيَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، فَإِنَّ ذَا المَالِ قَدْ لَا يَهْتَدِي إِلَىٰ العَمَلِ وَالْقَوِيُّ عَلَيْهِ لَا يَجِدُ المَالَ، فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَىٰ انْعِقَادِ هٰذَا العَقْدِ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ دَفْعِ الغَنَمِ وَالدَّجَاجِ وَدُودِ القَزِّ مُعَامَلَةً بِنِصْفِ الزَّوَائِدِ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ هُنَاكَ لِلْعَمَلِ فِي تَحْصِيلِهَا فَلَمْ تَتَحَقَّقْ شَرِكَةٌ. وَلَهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ المُخَابَرَةِ وَهِيَ المُزَارَعَةُ» وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ

قوله: فَيَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، فإنَّ الإنسان قد يكون له أرضُ المزارعة ولا يهتدي إليها، وقد يكون مهتديًا ولا يكون له أرضٌ فتثبت الحاجة إلى انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الرُّبع، كما في المضاربة، فإنَّ ذا المال لا يهتدي إلى العمل والقويَّ عليه لا يجد المالَ فمسَّتِ الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القزِّ معاملةً بنصف الأولاد والإبريسم، فإنَّ تلك الزوائد تتولَّدُ من الغير ولا أثرَ لعمل الراعي والحافظ فيها، وإنَّما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم تتحقَّق شركةً مع أنه ليسَ في ذلك العقد عرفٌ ظاهرٌ، فأمَّا ههنا فلعمل المزارع تأثيرٌ في تحصيل الخارج، والعرف ظاهرٌ في عامة البلدان فافترَقا.

قوله: وَلَهُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَىٰ عَنِ المُخَابَرَةِ، وهيَ المزارعة من الخبير وهو الأكار لمعالجته الخبار، وهي الأرضُ الرِّخْوة، وقيل من الخبرة وهي النصيبُ.

قوله: وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ، والدليلُ علىٰ أنه استئجارٌ هو أنه لا يصحُّ بدون ذكر المدَّة، وذلك من خصائص الإجارات، فكان هذا استئجارًا ببعض ما يخرجُ منه فيكون في معنى

فَيَكُونُ فِي مَعْنَىٰ قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَلِأَنَّ الأَجْرَ مَجْهُولٌ أَوْ مَعْدُومٌ وَكُلُّ ذٰلِكَ مُفْسِدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ بِطَرِيقِ المَنِّ وَالصُّلْحِ وَهُوَ جَائِزٌ (وَإِذَا فَسَدَتْ عِنْدَهُ فَإِنْ سَقَىٰ الأَرْضَ وَكَرَبَهَا وَلَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ مِنْهُ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ إِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ. وَإِذَا كَانَ

قفيز الطَّحان، وقد نَهى النبيُّ عليه الصَّلاةُ والسَّلام عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر رجلًا ليطحن له كذا من حنطةٍ بقفيزٍ من دقيقها.

قوله: وَلِأَنَّ الأَجْرَ مَجْهُولٌ، أي علىٰ تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلمُ ما شرط له من الثلث أو الربع يبلغُ مقدار عشرة أقفزة أو أقلَّ أو أكثر، أَوْ مَعْدُومٌ، أي علىٰ تقدير أن لا يخرج من الأرض شيءٌ إذا أصابته آفةٌ، أو أنَّ ذلك الأجر لا يثبت في الذمة فيكون معدومًا حقيقةً، بخلاف ما إذا استأجرَ شيئًا وليسَ في ملكه شيءٌ من الأجر حيث يصحُّ الاستئجار لوجود الأجر في الذمَّة.

قوله: وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ، الخراجُ علىٰ نوعين: خراجُ وظيفةٍ وخراجُ مقاسمةٍ، فالوظيفةُ هو أن يوظف الإمام كل سنةٍ علىٰ مالٍ، كما صالحَ النبيُّ عليه الصلاة والسلام مع أهل نجران علىٰ أن يؤدُّوا كل سنةٍ ألفًا ومائتي حلَّةٍ، سِتَّ مائةٍ في محرم، وستَّ مائةٍ في رجب، والمقاسمة هيَ أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض، كما صَالَحَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم مع أهلِ خيبَر علىٰ أن ما يخرج من أراضيهم نصفه للنبيِّ صلى الله عليه وسلم ونصفه لأهلها، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ في زكاة الجامع الصغير، وليسَ في هذا الحديث حجَّةٌ لمن جوَّز المزارعةَ، لأنَّ ذلك كان علىٰ سبيل المصالحة، فإنه لو أخذ الكل جازَ، فإنه عليه الصلاة والسلام

البَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالْخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَلِلْآخَرِ الأَجْرُ كَمَا فَصَّلْنَا، إِلَّا أَنَّ الفَتْوَىٰ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا وَلِظُهُورِ تَعَامُلِ الأُمَّةِ بِهَا. وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ (ثُمَّ المُزَارَعَةُ لِصِحَّتِهَا عَلَىٰ قَوْلِ مَنْ يُجِيزُهَا شُرُوطٌ: أَحَدُهَا كَوْنُ الأَرْضِ صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ) لِأَنَّ المَقْصُودَ

ملكه غنيمةً، وكان ما ترك في أيديهم فضلًا، وقد أجمعوا علىٰ أنَّ عقد المزارعة لا يصحُّ إلَّا ببيان المدَّة المعلومة فلم يصلح الحديث حجةً، وأمَّا الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا: لا يصحُّ الاستدلال بعقد المضاربة، لأنَّ معنى الشركة ثمَّ أغلب، حتَّىٰ يصح بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدًا من العمل والمال جميعًا، وعقد الشركة عقدٌ ينعقدُ علىٰ محض العمل، كما في شركة الأعمال فلم تكن المزارعة نظير المضاربة، لأنَّ معنى الإجارة في المزارعة أغْلَب لاشتراط المدَّة فيها، بخلاف المضاربة، فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة، كذا في الإيضاح.

قوله: وَالْخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، أي فيما إذا كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الأرض.

قوله: كَمَا فَصَّلْنَا، وهو قوله: وَهٰذَا إِذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ، وَإِذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ.

قوله: إِلَّا أَنَّ الفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا وَلِظُهُورِ تَعَامُلِ الأُمَّةِ بِهَا. وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ، فإن قيل: التعاملُ علىٰ خلاف النصِّ باطلٌ؟ قلنا: النصوصُ الواردةُ في المجتهدات صُور النصوص، وإلا لا يحلُّ لأحد الخلاف فيها، أو نحملها علىٰ ما إذا شرط شرطًا مفسدًا، فقد رُويَ أنَّهم كانوا يشترطون فيها شيئًا معلومًا من الخارج لربِّ الأرض، ونحو ذلك مما هو مفسدٌ عندهما.

لَا يَحْصُلُ بِدُونِهِ (وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ رَبُّ الأَرْضِ وَالْمُزَارِعُ مِنْ أَهْلِ العَقْدِ وَهُوَ لَا يَخْتَصُّ بِهِ) لِأَنَّهُ عَقَدَ مَا لَا يَصِحُّ إِلَّا مِنَ الأَهْلِ (وَالثَّالِثُ بَيَانُ المُدَّةِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَىٰ مَنَافِعِ الأَرْضِ أَوْ مَنَافِعِ العَامِلِ وَالْمُدَّةُ هِيَ المِعْيَارُ لَهَا لِيَعْلَمَ بِهَا (وَالرَّابِعُ بَيَانُ مَنْ عَلَيْهِ البَذْرُ) قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ وَإِعْلَامًا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مَنَافِعُ الأَرْضِ أَوْ مَنَافِعُ العَامِلِ. (وَالْخَامِسُ بَيَانُ نَصِيبِ مَنْ لَا بَذْرَ مِنْ قِبَلِهِ) لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ عِوَضًا بِالشَّرْطِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، وَمَا لَا يُعْلَمُ لَا يَسْتَحِقُّ شَرْطًا بِالْعَقْدِ. (وَالسَّادِسُ أَنْ يُخَلِّيَ رَبُّ الأَرْضِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العَامِلِ، حَتَّىٰ لَوْ شَرَطَ عَمَلَ رَبِّ

قوله: وَالثَّالِثُ بَيَانُ المُدَّةِ، وفي الذخيرة: ومن الشرائط بيان المدَّة بأن يقول: إلىٰ سنةٍ أو سنتين، أو ما أشبَه ذلك، وإن بيَّن وقتًا لا يتمكَّنُ فيه من الزراعة فسدت المزارعة، فصار ذكره ولا ذكره سواءً، وكذلك إذا بيَّن مدةً لا يعيش أحدهما إلىٰ مثلها غالبًا لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلىٰ ما بعد الموت، وعن مُحمَّد بن سلمة رحمه الله تعالىٰ أنَّ المزارعة من غير بيان المدَّة جائزةٌ ويقعُ علىٰ سنةٍ واحدةٍ أي علىٰ زرعٍ واحدٍ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَىٰ مَنَافِعِ الأَرْضِ، أي إذا كان البذرُ من قبل العامل، أَوْ مَنَافِعِ العَامِلِ، أي إذا كان البذرُ من قبل ربِّ الأرض، وَالْمُدَّةُ هِيَ المِعْيَارُ لَهَا، أي للمنافع، لِيَعْلَمَ بِهَا، أي بالعقد بالمدة أو المنافع علىٰ تأويل النفع بالمدَّة.

قوله: وَإِعْلَامًا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، فإنَّ البذر إن كان من قبل العامل فالمعقودُ عليه منفعة الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل، ولا بُدَّ من بيان

الأَرْضِ يَفْسُدُ العَقْدُ) لِفَوَاتِ التَّخْلِيَةِ (وَالسَّابِعُ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ بَعْدَ حُصُولِهِ) لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ شَرِكَةً فِي الِانْتِهَاءِ، فَمَا يَقْطَعُ هٰذِهِ الشَّرِكَةَ كَانَ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ (وَالثَّامِنُ بَيَانُ جِنْسِ البَذْرِ) لِيَصِيرَ الأَجْرُ مَعْلُومًا.

قَالَ: (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ وَالْبَقَرُ وَالْعَمَلُ لِوَاحِدٍ جَازَتِ المُزَارَعَةُ) لِأَنَّ البَقَرَ آلَةُ العَمَلِ فَصَارَ

المعقود عليه لأنَّ جهالته تؤدِّي إلى المنازعة بينهما.

قوله: وَالسَّابِعُ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ بَعْدَ حُصُولِهِ، يعني ينبغي أن لا يشترطُ فيه مقدارٌ معيَّن لأحدهما، إذ لا يجوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر، فلم تبق شركةً على ذلك التقدير، ومن شرطها بقاء الشركة.

قوله: وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، المراد المزارعة المستعملة بين الناس، لا المزارعة الصحيحة، لأنَّها علىٰ ثلاثة أوجهٍ، ولا الفاسدة لأنَّها كذلك علىٰ ثلاثة أوجهٍ، ولا مطلق المزارعة لأنَّها علىٰ ستَّة أوجهٍ، واعلم أنَّ مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنيةٌ علىٰ أصلٍ: وهو أنَّ المزارعة تنعقد إجارةً وتتمُّ شركةً، وإنَّما تنعقد إجارةً علىٰ منفعة الأرض أو علىٰ منفعة العامل، ولا يجوز علىٰ منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنَّ الشرع لم يرد به، فأخذنا فيه بالقياس لأنَّ الاستئجار ببعض الخارج لا يجوز قياسًا، وأمَّا في استئجار الأرض أو استئجار العامل فقد وَرَدَ الشرع به فنقول به، ولمَّا كان كذلك كان ما وجد من صُور عدم الجواز هو من قبل استئجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج، أو كان الشرط علىٰ أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعًا للآخر، ولكن المنظور فيه استئجارُ غير الأرض وغير العامل ببعض الخارج، وما وجد من صُور الجواز متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج، وفيه وَرَد الأثر

كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ بِإِبْرَةِ الخَيَّاطِ، (وَإِنْ كَانَ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ جَازَتْ) لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارُ الأَرْضِ بِبَعْضٍ مَعْلُومٍ مِنَ الخَارِجِ فَيَجُوزُ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا بِدَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ.

(وَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَذْرُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ مِنْ آخَرَ جَازَتْ) لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِلْعَمَلِ بِآلَةِ المُسْتَأْجِرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ ثَوْبَهُ بِإِبْرَتِهِ أَوْ طَيَّانًا لِيُطَيِّنَ بِمَرِّهِ (وَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالْبَذْرُ وَالْعَمَلُ لِآخَرَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَيْضًا، لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ البَذْرَ وَالْبَقَرَ عَلَيْهِ يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا شُرِطَ وَحْدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ العَامِلِ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ مَنْفَعَةَ البَقَرِ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ مَنْفَعَةِ الأَرْضِ. لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ قُوَّةٌ فِي طَبْعِهَا يَحْصُلُ بِهَا النَّمَاءُ، وَمَنْفَعَةُ البَقَرِ صَلَاحِيَةٌ يُقَامُ بِهَا العَمَلُ كُلُّ ذٰلِكَ بِخَلْقِ اللهِ تَعَالَىٰ

هو الأصل الذي يدورُ عليه مسائل المزارعة.

قوله: كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ بِإِبْرَتِهِ، أي بإبرة الخياط، كان الأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا هنا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يصر مستأجر البقر ببعض الخارج فيصحُّ.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ البَذْرَ وَالْبَقَرَ عَلَيْهِ - أي علىٰ رب الأرض - يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا شُرِطَ وَحْدَهُ، أي إذا شرط البقر وحده.

قوله: كُلُّ ذٰلِكَ بِخَلْقِ اللهِ تَعَالَىٰ، هذا الكلامُ في هذا المقام مستغنًى عنه، لكن فيه

فَلَمْ يَتَجَانَسَا فَتَعَذَّرَ أَنْ تُجْعَلَ تَابِعَةً لَهَا، بِخِلَافِ جَانِبِ العَامِلِ لِأَنَّهُ تَجَانَسَتِ المَنْفَعَتَانِ فَجُعِلَتْ تَابِعَةً لِمَنْفَعَةِ العَامِلِ. وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ لَمْ يَذْكُرْهُمَا: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ البَذْرُ لِأَحَدِهِمَا وَالْأَرْضُ وَالْبَقَرُ وَالْعَمَلُ لِآخَرَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَتِمُّ شَرِكَةً بَيْنَ البَذْرِ وَالْعَمَلِ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ البَذْرِ وَالْبَقَرِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الِانْفِرَادِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ، وَالْخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ فِي رِوَايَةٍ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ المُزَارَعَاتِ الفَاسِدَةِ، وَفِي رِوَايَةٍ

تنبيهٌ علىٰ أنه من أهل السنة والجماعة، حيثُ جعل منفعة البقر التي يقام بِها العمل مخلوقةً لله تعالىٰ، خلافًا للمعتزلة، وفيه أيضًا إشارةٌ إلىٰ أنَّ عدم المجانسة ليسَ باعتبار أنَّ أحدهما بخلق الله تعالىٰ والآخر ليسَ كذلك علىٰ ما قاله البعض، بل كل واحد منهما بخلق الله تعالىٰ وعدم المجانسة لمعنًى آخر.

قوله: بِخِلَافِ جَانِبِ العَامِلِ لِأَنَّهُ تَجَانَسَتِ المَنْفَعَتَانِ، لأنَّ البقر آلة العمل فجعلت تابعةً لمنفعة العامل.

قوله: وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ، أي فاسدان.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الِانْفِرَادِ، أي انفراد البذر والبقر بأن كان من أحدهما البقر لا غير، أو البذر لا غير.

قوله: وَالْخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ، والوجهان ما ذكرهما، فأحدهما أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر، والثاني أن يكون البذر والبقر لأحدهما والباقي للآخر، وذكر في المبسوط بعد ما ذكر هذا فقال: بقي إشكالٌ وهو أنه أَوْجَبَ لصاحب

لِصَاحِبِ الأَرْضِ وَيَصِيرُ مُسْتَقْرِضًا لِلْبَذْرِ قَابِضًا لَهُ لِاتِّصَالِهِ بِأَرْضِهِ.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ إِلَّا عَلَىٰ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ) لِمَا بَيَّنَّا (وَأَنْ يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا) تَحْقِيقًا لِمَعْنَىٰ الشَّرِكَةِ (فَإِنْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ بِهِ تَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ لِأَنَّ الأَرْضَ عَسَاهَا لَا تُخْرِجُ إِلَّا هٰذَا القَدْرَ، فَصَارَ كَاشْتِرَاطِ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ لِأَحَدِهِمَا فِي المُضَارَبَةِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَا أَنْ يَرْفَعَ صَاحِبُ البَذْرِ بَذْرَهُ وَيَكُونَ البَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِي بَعْضٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي جَمِيعِهِ بِأَنْ لَمْ يُخْرِجْ إِلَّا قَدْرَ البَذْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفْعَ الخَرَاجِ، وَالأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ وَأَنْ يَكُونَ البَاقِي بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَرَطَ صَاحِبُ البَذْرِ عُشْرَ الخَارِجُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلْآخَرِ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ مُشَاعٌ فَلَا يُؤَدِّي إِلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ، كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفْعَ العُشْرِ،

الأرض أجر مثل أرضه ولم يسلم صاحب الأرض ههنا الأرض إلىٰ صاحب البذر فكيف يستوجب عليه أجر مثله؟ ولكنَّا نقول: صارت منفعةً أي منفعة العامل ومنفعة الأرض كلها مسلمة إلىٰ صاحب البذر بسلامة الخارج له حكمًا، وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئًا لأنَّ عملَ العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين.

قوله: إِلَّا عَلَىٰ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لِمَا بَيَّنَّا، أرادَ به قوله في بيان شروط المزارعة: والثالثُ بيان المدة لأنه عقد علىٰ منافع الأرض الخ.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفْعَ الخَرَاجِ، هذا إذا كان الخراج موظفًا، أمَّا إذا كان خراج مقاسمةٍ فهو جائزٌ.

وَقِسْمَةُ البَاقِي بَيْنَهُمَا وَالْأَرْضُ عُشْرِيَّةٌ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا مَا عَلَى المَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَّاقِي) مَعْنَاهُ لِأَحَدِهِمَا، لِأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا زَرْعَ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ أَفْضَىٰ ذٰلِكَ إِلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ، لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ لَا يَخْرُجُ إِلَّا مِنْ ذٰلِكَ المَوْضِعِ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا مَا يَخْرُجُ مِنْ نَاحِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَلِآخَرَ مَا يَخْرُجُ مِنْ نَاحِيَةٍ أُخْرَىٰ (وَكَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا التِّبْنَ وَلِلْآخَرِ الحَبَّ) لِأَنَّهُ عَسَىٰ أَنْ يُصِيبَهُ آفَةٌ فَلَا يَنْعَقِدُ الحَبُّ وَلَا يَخْرُجُ إِلَّا التِّبْنُ (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا التِّبْنَ نِصْفَيْنِ وَالْحَبُّ لِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ الحَبُّ (وَلَوْ شَرَطَ الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِلتِّبْنِ صَحَّتْ) لِاشْتِرَاطِهِمَا الشَّرِكَةَ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ، (ثُمَّ التِّبْنُ يَكُونُ لِصَاحِبِ البَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذْرِهِ وَفِي حَقِّهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ الشَّرْطِ. وَالْمُفْسِدُ هُوَ الشَّرْطُ، وَهٰذَا سُكُوتٌ عَنْهُ. وَقَالَ مَشَايِخُ بَلْخٍ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: التِّبْنُ

قوله: مَا عَلَى المَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَّاقِي، الماذيانات جمع الماذيان، وهو أصغرٌ من النهر وأعظمٌ من الجدول، فارسيٌّ معرَّب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل ثمَّ يسقىٰ منه الأرض، والسواقي جمع ساقية وهي فوق الجدول دون النهر.

قوله: وَالْمُفْسِدُ هُوَ الشَّرْطُ، أي المفسد هو الشرط الفاسد، وهو الشرط الذي لا يلائمُ العقدَ، وهو أن يشترط التبن لغير صاحب البذر، وهنا سكتا عن ذكر الشرط الفاسد والسكوتُ عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسدًا اعتبارًا للعُرف فيما لم ينصَّ عليه المتعاقدان، والعُرف عندهم أنَّ الحبَّ والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند

بَيْنَهُمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ، وَلِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلْحَبِّ وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ. (وَلَوْ شَرَطَا الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَالتِّبْنَ لِصَاحِبِ البَذْرِ صَحَّتْ) لِأَنَّهُ حُكْمُ العَقْدِ (وَإِنْ شَرَطَا التِّبْنَ لِلْآخَرِ فَسَدَتْ) لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُؤَدِّي إِلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِأَنْ لَا يَخْرُجَ إِلَّا التِّبْنُ وَاسْتِحْقَاقُ غَيْرِ صَاحِبِ البَذْرِ بِالشَّرْطِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ المُزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ) لِصِحَّةِ الِالْتِزَامِ (وَإِنْ لَمْ تُخْرِجِ الأَرْضُ شَيْئًا فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ) لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَةً، وَلَا شَرِكَةَ فِي غَيْرِ الخَارِجِ، وَإِنْ كَانَتْ إِجَارَةً فَالْأَجْرُ مُسَمًّى فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَدَتْ لِأَنَّ أَجْرَ المِثْلِ فِي الذِّمَّةِ وَلَا

الاشتباه واجبٌ، والجواب عمَّا قاله مشايخ بلخ أنَّ الأصلَ فيها عدم الجواز لأنَّها تثبت مع المنافي، فبقدر ما وجد المُجَوِّز يعمل به، وما لم يوجد فلا.

قوله: وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ، أي يثبت بشرط الأصل وقد وجد شرائط صحَّة الشركة في الأصل وهو الحبُّ لأنَّهما اشترطا فيه الشركة فتثبت الشركة في التبن أيضًا تبعًا للحبِّ، كالإمام إذا دخل المصرَ ونوى الإقامة يصير الجنديُّ مقيمًا وإن لم يكن في موضع الإقامة، وكذا المولىٰ مع العبد.

قوله: وَإِنْ شَرَطَا التِّبْنَ لِلْآخَرِ، أي لغير صاحب البذر فسدت لأنه شرطٌ يؤدي إلىٰ قطع الشركة، فرُبَّما يصيبه آفةٌ فلا ينعقد الحبُّ فلا يخرج إلا التبن.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ إِجَارَةً فَالْأَجْرُ مُسَمًّى فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا ما إذا استأجر رجلًا بأجرةٍ هيَ عينٌ فعملَ الأجير وهلكت الأجرة قبل التسليم علىٰ

تَفُوتُ الذِّمَّةُ بِعَدَمِ الخَارِجِ.

قَالَ: (وَإِذَا فَسَدَتْ فَالْخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، وَاسْتِحْقَاقُ الأَجْرِ بِالتَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ النَّمَاءُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ البَذْرِ.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُزَادُ عَلَىٰ مِقْدَارِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الخَارِجِ) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ)، لِأَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ مَنَافِعَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَتَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا إِذْ لَا مِثْلَ لَهَا. وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ (وَإِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ العَامِلِ فَلِصَاحِبِ الأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ مَنَافِعَ الأَرْضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ. وَلَا مِثْلَ لَهَا فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا. وَهَلْ يُزَادُ عَلَىٰ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الخَارِجِ؟ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ حَتَّىٰ فَسَدَتِ المُزَارَعَةُ

هذا يجب على المستأجر أجر المثل فينبغي أن يكون ههنا كذلك، لأنَّ المزارعة قد صحَّت والأجر مسمًّى وهلك الأجر قبل التسليم، وإنَّما قلنا أنَّ الأجر المسمَّىٰ ههنا بمنزلة الأجرة التي هي عينٌ لأنه لو أرادَ أن يعطيه الخارج من أرضٍ أخرىٰ لا يجوز، وإن كان ذلك مثل نصيبه فيما زرع؟ قلنا: إنَّما يجبُ أجر المثل فيما إذا كانت الأجرة عينًا هلكَ قبل التسليم، أمَّا إذا هلك بعد التسليم إلى الآخر لا يجبُ، وهنا هلك بعده لأنَّ المزارع قبض البذر الذي يتفرَّع منه الخارج، وقبضُ الأصل قبض الفرع فيصيرُ كالقابض للأجر من هذا الوجه، والأرضُ العين متىٰ هلك بعد قبض الأجير لا يجبُ شيءٌ آخر.

فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ) هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ لَهُ مَدْخَلًا فِي الإِجَارَةِ وَهِيَ إِجَارَةٌ مَعْنًى (وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الأَرْضِ الخَارِجَ لِبَذْرِهِ فِي المُزَارَعَةِ الفَاسِدَةِ طَابَ لَهُ جَمِيعُهُ) لِأَنَّ النَّمَاءَ حَصَلَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ (وَإِنِ اسْتَحَقَّهُ العَامِلُ أَخَذَ قَدْرَ بَذْرِهِ وَقَدْرَ أَجْرِ الأَرْضِ وَتَصَدَّقَ بِالْفَضْلِ) لِأَنَّ النَّمَاءَ يَحْصُلُ مِنَ البَذْرِ وَيَخْرُجُ مِنَ الأَرْضِ، وَفَسَادُ المِلْكِ فِي مَنَافِعِ الأَرْضِ أَوْجَبَ خُبْثًا فِيهِ. فَمَا سُلِّمَ لَهُ بِعِوَضٍ طَابَ لَهُ وَمَا لَا عِوَضَ لَهُ تَصَدَّقَ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا عُقِدَتِ المُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنَ العَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ المُضِيُّ فِي العَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزَمُهُ. فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَهْدِمَ دَارِهِ (وَإِنِ امْتَنَعَ الَّذِي لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ البَذْرُ أَجْبَرَهُ

قوله: فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ، هُوَ الصَّحِيحُ، هو احترازٌ عن قول بعض أصحابنا فإنَّهم قالوا: معنىٰ قول محمد رحمه الله تعالىٰ: فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ، أن يغرم له أجرٌ مثل الأرض مكروبةً، فأمَّا البقر لا يجوز أن يستحقَّ بعقد المزارعة بحالٍ فلا ينعقدُ العقد عليه صحيحًا ولا فاسدًا، إذ وجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد، والمنافعُ لا تتقوم إلا بالعقد، إلا أنَّ عقد المزارعة من جنس الإجارة، ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة فينعقدُ عليها عقدُ المزارعة بصفة الفساد، ويجبُ أجر مثلها كما يجبُ أجر مثل الأرض، كذا في المبسوط.

قوله: فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنَ العَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ، أي قبل إلقاء البذر، وأمَّا بعد إلقائه فيجبر، لأنَّ عقد المزارعة يكون لازمًا من الجانبين بعد إلقاء البذر.

الحَاكِمُ عَلَىٰ العَمَلِ) لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ضَرَرٌ وَالْعَقْدُ لَازِمٌ بِمَنْزِلَةِ الإِجَارَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ عُذْرٌ يَفْسَخُ بِهِ الإِجَارَةَ فَيَفْسَخُ بِهِ المُزَارَعَةَ.

قَالَ: (وَلَوِ امْتَنَعَ رَبُّ الأَرْضِ وَالْبَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ وَقَدْ كَرَبَ المُزَارِعُ الأَرْضَ فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي عَمَلِ الكِرَابِ) قِيلَ هٰذَا فِي الحُكْمِ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ يَلْزَمُهُ اسْتِرْضَاءُ العَامِلِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ذٰلِكَ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتِ المُزَارَعَةُ) اعْتِبَارًا بِالْإِجَارَةِ، وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الإِجَارَاتِ، فَلَوْ كَانَ دَفَعَهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَلَمَّا نَبَتَ الزَّرْعُ فِي السَّنَةِ الأُولَىٰ وَلَمْ يَسْتَحْصِدِ الزَّرْعَ حَتَّىٰ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ضَرَرٌ، لأنه التزمَ إقامة العمل وهو قادرٌ علىٰ إقامة العمل كما التزمه بالعقد وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه، فأمَّا إذا امتنعَ صاحبُ البذر من العمل ففي إلزام موجب العقد إيَّاه ضررٌ فيما لم يتناوله العقد، لأنَّ البذرَ ليسَ بمعقودٍ عليه، وفي إلقائه في الأرض إتلافه، كذا في المبسوط.

قوله: فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ يَلْزَمُهُ اسْتِرْضَاءُ العَامِلِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ، يعني بأن يعطي العاملَ أجر مثل عمله، لأنه إنَّما استعمل بإقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج، فإذا أخذ الأرض بعد ما أقامَ هذه الأعمال من كرب الأرض وحفر الأنْهَار كان هو غارًا للعامل ملحقًا للضَّرر به، والغرور مدفوعٌ فينبغي أن يطلب رضاه.

قوله: وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الإِجَارَاتِ، وهو قوله: لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة والأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقًّا بالعقد، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز.

تَـرَكَ الأَرْضَ فِي يَدِ المُزَارِعِ حَتَّىٰ يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعَ وَيقْسِمَ عَلَىٰ الشَّرْطِ، وَتَنْتَقِضُ المُزَارَعَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ السَّنَتَيْنِ لِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ العَقْدِ فِي السَّنَةِ الأُولَىٰ مُرَاعَاةً لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ لِأَنَّـهُ لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالْعَامِلِ فَيُحَافِظُ فِيهِمَا عَلَىٰ القِيَاسِ (وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ قَبْلَ الزِّرَاعَةِ بَعْدَ مَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ انْتَقَضَتِ المُزَارَعَةُ) لِأَنَّـهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مَالٍ عَلَىٰ المُزَارِعِ (وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لِمَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. (وَإِذَا فُسِخَتِ المُزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ لَحِقَ صَاحِبَ الأَرْضِ فَاحْتَاجَ إِلَىٰ بَيْعِهَا جَازَ) كَمَا فِي الإِجَارَةِ (وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ المَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وَهُوَ إِنَّمَا قُوِّمَ بِالْخَارِجِ فَإِذَا انْعَدَمَ الخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ (وَلَوْ نَبَتَ الزَّرْعُ وَلَمْ يُسْتَحْصَدْ لَمْ تُبَعِ الأَرْضُ فِي الدَّيْنِ حَتَّىٰ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ) لِأَنَّ فِي البَيْعِ إِبْطَالَ حَقِّ المُزَارِعِ، وَالتَّأْخِيرُ أَهْوَنُ مِنَ الإِبْطَالِ (وَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِنَ الحَبْسِ إِنْ كَانَ حَبَسَهُ بِالدَّيْنِ) لِأَنَّـهُ لَمَّا امْتَنَعَ بَيْعُ الأَرْضِ لَمْ يَكُنْ هُوَ ظَالِمًا وَالْحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ.

قَالَ: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُزَارَعَةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ كَانَ عَلَى المُزَارِعِ

قوله: تَـرَكَ الأَرْضَ فِي يَدِ المُزَارِعِ حَتَّىٰ يَسْتَحْصِدَ، أي يبقىٰ عقد المزارعة إلىٰ أن يستحصد ولا يثبت إجارةً مبتدأةً حتَّىٰ لا يجبُ الأجر على المزارع.

قوله: لِمَا نُبَيِّنُهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ المَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ، إلىٰ آخره.

أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِنَ الأَرْضِ إِلَىٰ أَنْ يُسْتَحْصَدَ وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا عَلَىٰ مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا) مَعْنَاهُ حَتَّىٰ يُسْتَحْصَدَ، لِأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بِأَجْرِ المِثْلِ تَعْدِيلَ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا كَانَ العَمَلُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ العَقْدَ قَدِ انْتَهَىٰ بِانْتِهَاءِ المُدَّةِ وَهٰذَا عَمَلٌ فِي المَالِ المُشْتَرَكِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يَكُونُ العَمَلُ فِيهِ عَلَى العَامِلِ، لِأَنَّ هُنَاكَ أَبْقَيْنَا العَقْدَ فِي مُدَّتِهِ وَالْعَقْدُ يَسْتَدْعِي العَمَلَ عَلَىٰ العَامِلِ، أَمَّا هَاهُنَا العَقْدُ قَدِ انْتَهَىٰ فَلَمْ يَكُنْ هٰذَا إِبْقَاءَ ذٰلِكَ العَقْدِ فَلَمْ يَخْتَصَّ العَامِلُ بِوُجُوبِ العَمَلِ عَلَيْهِ (فَإِنْ أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَأَمْرِ القَاضِي فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ

قوله: مَعْنَاهُ حَتَّىٰ يُسْتَحْصَدَ، الزرع، أي معنى قوله: وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا، يريدُ أنَّ النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يَكُونُ العَمَلُ فِيهِ عَلَى العَامِلِ، مسئلة الموت مخالفةٌ لمسئلة انقضاء المدَّة في الأحكام الثلاث، وهيَ: وجوب أجر الأرض، والاشتراك في النفقة، والاشتراك في العمل، حيثُ لم يجز أجر مثل نصيبه من الأرض على العامل.

قوله: فَإِنْ أَنفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَأَمْرِ القَاضِي - أي فيما إذا انقضت مدَّة المزارعة - فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، لأنه أنفَقَ علىٰ ملك الغير بغير أمره وبغير أمر من يلي عليه، فإن قيل: هو مضطرٌّ في هذا الإنفاق لأنه يحيي حقَّ نفسه فلا يوصف بالتبرع؟ قلنا: هو غير مضطر في هذا الإنفاق لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي، ولأنه غير مجبر على الإنفاق فكان

عَلَيْهِ (وَلَوْ أَرَادَ رَبُّ الأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذٰلِكَ) لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالْمُزَارِعِ.

(وَلَوْ أَرَادَ الْمُزَارِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بَقْلًا قِيلَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ اقْلَعِ الزَّرْعَ فَيَكُونُ بَيْنَكُمَا أَوْ أَعْطِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ أَوْ أَنْفِقْ أَنْتَ عَلَى الزَّرْعُ وَارْجِعْ بِمَا تُنْفِقُهُ فِي حِصَّتِهِ)، لِأَنَّ الْمُزَارِعَ لَمَّا امْتَنَعَ مِنَ العَمَلِ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ إِبْقَاءَ العَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ المَنْهِيِّ نَظَرٌ لَهُ وَقَدْ تَرَكَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ. وَرَبُّ الأَرْضِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هٰذِهِ الخِيَارَاتِ لِأَنَّ بِكُلِّ ذٰلِكَ يُسْتَدْفَعُ الضَّرَرُ (وَلَوْ مَاتَ الْمُزَارِعُ بَعْدَ نَبَاتِ الزَّرْعِ فَقَالَتْ وَرَثَتُهُ نَحْنُ نَعْمَلُ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ وَأَبَى رَبُّ الأَرْضِ فَلَهُمْ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ (وَلَا أَجْرَ لَهُمْ بِمَا عَمِلُوا) لِأَنَّا أَبْقَيْنَا العَقْدَ نَظَرًا لَهُمْ، فَإِنْ أَرَادُوا قَلْعَ الزَّرْعِ لَمْ يُجْبَرُوا عَلَى العَمَلِ لِمَا بَيَّنَّا، وَالْمَالِكُ عَلَى الخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ لِمَا بَيَّنَّا.

تطوعًا كالدار المشتركة بينهما إذا اشتريت فأنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه كان متطوعًا في ذلك.

قوله: لَمْ يُجْبَرُوا عَلَى العَمَلِ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّ إِبْقَاءَ العَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ المَنْهِيِّ نَظَرٌ لَهُ، إلى آخره.

قوله: وَالْمَالِكُ عَلَى الخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ، لكن في هذه الصورة لو رجع المالكُ بالنفقة يرجعُ بكلها، إذ العمل على العامل مستحقٌ لبقاء العقد.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ أُجْرَةُ الحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِمَا بِالْحِصَصِ. فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي المُزَارَعَةِ عَلَىٰ العَامِلِ فَسَدَتْ) وَهٰذَا الحُكْمُ لَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِمَا ذَكَرَ مِنَ الصُّورَةِ وَهُوَ انْقِضَاءُ المُدَّةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرَكْ بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ المُزَارَعَاتِ. وَوَجْهُ ذٰلِكَ أَنَّ العَقْدَ يَتَنَاهَىٰ بِتَنَاهِي الزَّرْعِ لِحُصُولِ المَقْصُودِ فَيَبْقَىٰ مَالٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَلَا عَقْدَ فَيَجِبُ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمَا. وَإِذَا شَرَطَ فِي العَقْدِ ذٰلِكَ وَلَا يَقْتَضِيهِ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا يَفْسُدُ العَقْدُ كَشَرْطِ الحَمْلِ أَوِ الطِّحْنِ عَلَى العَامِلِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا شَرَطَ ذٰلِكَ عَلَى العَامِلِ لِلتَّعَامُلِ اعْتِبَارًا بِالِاسْتِصْنَاعِ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخٍ. قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: هٰذَا هُوَ الأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا. فَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ عَمَلٍ قَبْلَ الإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ وَالْحِفْظِ فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ مِنْهُ بَعْدَ الإِدْرَاكِ قَبْلَ

قوله: وَالرِّفَاعِ، وهو أن يرفع الزرع إلى البيدر.

قوله: وَهٰذَا الحُكْمُ، أي كون أجرة الحَصَاد والرِّفاع والدِّياس والتذرية عليهما ليسَ يختصُّ بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدَّة والزرعُ لم يدرك.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا شَرَطَ ذٰلِكَ عَلَى العَامِلِ، وقال الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالىٰ: كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله تعالىٰ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط، ويزيدون علىٰ هذا ويقولون: يجوز بشرط التنقية والحمل إلىٰ منزل ربِّ الأرض، لأنَّ المزارعةَ بهذه الشرائط متعارفٌ فيما بين الناس، كذا في الذخيرة.

الْقِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كَالْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَأَشْبَاهِهِمَا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا. وَالْمُعَامَلَةُ عَلَىٰ قِيَاسِ هٰذَا مَا كَانَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الثَّمَرِ مِنَ السَّقْيِ وَالتَّلْقِيحِ وَالْحِفْظِ فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ كَالْجَدَادِ وَالْحِفْظِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا؛ وَلَوْ شَرَطَ الْجَذَادَ عَلَى الْعَامِلِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا عُرْفَ فِيهِ. وَمَا كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ وَلَا عَقْدَ، وَلَوْ شَرَطَ الْحَصَادَ فِي الزَّرْعِ عَلَىٰ رَبِّ الْأَرْضِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لِعَدَمِ الْعُرْفِ فِيهِ، وَلَوْ أَرَادَا فَصْلَ الْقَصِيلِ أَوْ جَذَّ التَّمْرِ بُسْرًا أَوِ الْتِقَاطَ الرُّطَبِ فَذٰلِكَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُمَا أَنْهَيَا الْعَقْدَ لَمَّا عَزَمَا عَلَى الْفَصْلِ وَالْجَذَادِ بُسْرًا فَصَارَ كَمَا بَعْدَ الْإِدْرَاكِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ، سَمَّاه بعد القسمة مشتركًا باعتبار ما كان، أو باعتبار أنَّ المجموع بعد القسمة بينهما، كما يقال: شُركاء القرية وأملاكهم متميزة ومتعينة، إلا أنَّهم يسمون الشركاء باعتبار اتصال أملاكهم بعضًا ببعض، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ المُسَاقَاةِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: المُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرِ بَاطِلَةٌ، وَقَالَا: جَائِزَةٌ إِذَا ذَكَرَ مُدَّةً مَعْلُومَةً وَسَمَّىٰ جُزْءًا مِنَ الثَّمَرِ مُشَاعًا) وَالْمُسَاقَاةُ: هِيَ المُعَامَلَةُ وَالْكَلَامُ فِيهَا كَالْكَلَامِ فِي المُزَارَعَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ

كتاب المساقاة

هيَ مفاعلة من السقي، وهيَ المعاملة في الأشجار ببعض الخارج منها.

قوله: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: المُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرِ - أى مشاعًا - بَاطِلَةٌ، وَقَالا: جَائِزَةٌ، وقال الشافعي ومالكٌ رحمهما الله تعالىٰ: المعاملة جائزةٌ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعًا للمعاملة، وشرط التبعية عند مالكٍ أن يكون الأصل ضعف التبع لأنَّ به يتحقَّق التبعية، والمعاملة إنَّما تصحُّ عنده إذا شرطت النفقات كلها على العامل، لأنه من تمام العمل.

قوله: وَالْكَلَامُ فِيهَا كَالْكَلَامِ فِي المُزَارَعَةِ، أي وشرائطها هيَ الشرائط التي ذكرت في المزارعة ممَّا يصلح شرطًا للمساقاة، وفي فتاوىٰ قاضي خان: وشرائطها، منها: بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانًا، كما قلنا في المزارعة، ومنها: الشركة في الخارج كما في المزارعة، ومنها: التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها: بيانُ الوقت، فإن سكتا عن الوقت جاز استحسانًا، ويقع العقد علىٰ أوَّل

- رَحِمَهُ اللهُ -: المُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ، وَلَا تَجُوزُ المُزَارَعَةُ إِلَّا تَبَعًا لِلْمُعَامَلَةِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي هٰذَا المُضَارَبَةُ، وَالْمُعَامَلَةُ أَشْبَهُ بِهَا لِأَنَّ فِيهِ شَرِكَةً فِي الزِّيَادَةِ دُونَ الأَصْلِ. وَفِي المُزَارَعَةِ لَوْ شَرَطَا الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ دُونَ البَذْرِ بِأَنْ شَرَطَا رَفْعَهُ مِنْ رَأْسِ الخَارِجِ تَفْسُدُ، فَجَعَلْنَا المُعَامَلَةَ أَصْلًا، وَجَوَّزْنَا المُزَارَعَةَ تَبَعًا لَهَا كَالشُّرْبِ فِي بَيْعِ الأَرْضِ وَالْمَنْقُولِ فِي وَقْفِ العَقَارِ، وَشَرْطُ المُدَّةِ قِيَاسٌ فِيهَا لِأَنَّهَا إِجَارَةٌ مَعْنًى كَمَا فِي المُزَارَعَةِ. وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: إِذَا لَمْ يُبَيِّنِ المُدَّةَ يَجُوزُ وَيَقَعُ عَلَىٰ أَوَّلِ ثَمَرٍ يَخْرُجُ، لِأَنَّ الثَّمَرَ لِإِدْرَاكِهَا وَقْتٌ مَعْلُومٌ وَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ وَيَدْخُلُ فِيمَا مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ، وَإِدْرَاكُ البَذْرِ فِي أُصُولِ الرَّطْبَةِ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثِّمَارِ، لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ المُدَّةِ، بِخِلَافِ الزَّرْعِ لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ يَخْتَلِفُ كَثِيرًا خَرِيفًا وَصَيْفًا وَرَبِيعًا، وَالِانْتِهَاءُ بِنَاءٌ

ثمرةٍ تكون في تلك السنة، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرةً تنتقض المعاملة.

قوله: وَإِدْرَاكُ البَذْرِ فِي أُصُولِ الرَّطْبَةِ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثِّمَارِ، أي إذا دفع إليه رطبةً قد انتهىٰ جذاذها علىٰ أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها علىٰ أنَّ ما رزق الله تعالىٰ في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان، ولم يسميا وقتًا فهو جائزٌ استحسانًا، لأنَّ لإدراك البذر وقتًا معلومًا عند المزارعين، والبذر إنَّما يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحًا والرطبة لصاحبها.

قوله: بِخِلَافِ الزَّرْعِ، لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ يَخْتَلِفُ كَثِيرًا خَرِيفًا وَصَيْفًا وَرَبِيعًا، فإنَّ من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، ومنهم من يزرع في الصيف،

عَلَيْهِ فَتَدْخُلُهُ الجَهَالَةُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ غَرْسًا قَدْ عُلِّقَ وَلَمْ يَبْلُغِ الثَّمَرُ مُعَامَلَةً حَيْثُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِبَيَانِ المُدَّةِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِقُوَّةِ الأَرَاضِي وَضَعْفِهَا تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلًا أَوْ أُصُولَ رُطَبَةٍ عَلَىٰ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا أَوْ أَطْلَقَ فِي الرُّطَبَةِ تَفْسُدُ المُعَامَلَةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لِذٰلِكَ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، لِأَنَّهَا تَنْمُو مَا تُرِكَتْ فِي الأَرْضِ فَجُهِلَتِ المُدَّةُ

وإذا كان ابتداء العمل ممَّا يتقدَّم ويتأخَّر عرفًا كان الانتهاء كذلك، فكانت المدَّة مجهولةً فلا يجوز.

قوله: وَلَمْ يَبْلُغِ الثَّمَرُ، أي لم يبلغ الغرس الأثمار، حيث لا يجوز إلا ببيان المدَّة بأن يذكر سنين معلومةً، لأنه لا يدرىٰ في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر، فالأشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الأرض بالقوَّة والضعف، فإن بينا مدةً معلومةً صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلومًا فيجوز، وإن لم يبينا ذلك لا يجوز.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلًا أَوْ أُصُولَ رُطَبَةٍ عَلَىٰ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا، أي حتَّىٰ يذهبَ أصولُها وينقطعَ نباتُها أي حينئذٍ لا يجوز، أمَّا إذا دفع النخيلَ أو أصول الرطبة علىٰ أن يقوم عليها معاملةً مطلقًا فيجوز إذا كان للرطبة جزازٌ معلومٌ، وتقع المعاملة في النخيل علىٰ أوَّل ثمرةٍ تخرج، وفي الرطبة علىٰ أوَّل جزَّة تجز، وأمَّا إذا لم يكن للرطبة جزَاز معلومٌ فلا يجوز، سواء قيَّد بذهاب أصولها، أو أطلق، أو لم يذكر شيئًا، وهو المراد من قوله: أو أطلق في الرطبة، لأنَّ في كلٍّ منها جهالة المدَّة في الرطبة، بخلاف النخيل فإنه لو قيَّد بقوله دفعتُكَها معاملةً إلىٰ أن تذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق عن ذلك فهو جائزٌ وتقع المعاملة علىٰ أوَّل ثمر يخرج في تلك السَّنة، وفي المبسوط في باب المعاملة: ولو دفع إليه أصول رطبةٍ علىٰ أن يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها علىٰ أنَّ

(وَيُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الجُزْءِ مُشَاعًا) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُزَارَعَةِ إِذْ شَرْطُ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ (فَإِنْ سَمَّيَا فِي المُعَامَلَةِ وَقْتًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا فَسَدَتِ المُعَامَلَةُ) لِفَوَاتِ المَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ (وَلَوْ سَمَّيَا مُدَّةً قَدْ يَبْلُغُ الثَّمَرُ فِيهَا وَقَدْ يَتَأَخَّرُ عَنْهَا جَازَتْ) لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ بِفَوَاتِ المَقْصُودِ، (ثُمَّ لَوْ خَرَجَ فِي الوَقْتِ المُسَمَّىٰ فَهُوَ عَلَى الشَّرِكَةِ) لِصِحَّةِ العَقْدِ، (وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ المِثْلِ) لِفَسَادِ العَقْدِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ الخَطَأَ فِي المُدَّةِ المُسَمَّاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا عَلِمَ ذٰلِكَ فِي الِابْتِدَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ أَصْلًا لِأَنَّ الذَّهَابَ بِآفَةٍ فَلَا يَتَبَيَّنُ فَسَادَ المُدَّةِ فَيَبْقَىٰ العَقْدُ صَحِيحًا، وَلَا شَيْءَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَىٰ صَاحِبِهِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالْكَرْمِ وَالرِّطَابِ وَأُصُولِ البَاذِنْجَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الجَدِيدِ: لَا تَجُوزُ إِلَّا فِي الكَرْمِ وَالنَّخْلِ، لِأَنَّ جَوَازَهَا بِالْأَثَرِ وَقَدْ خَصَّهُمَا وَهُوَ حَدِيثُ خَيْبَرَ. وَلَنَا أَنَّ الجَوَازَ

الخارج بينهما نصفان، فهذا فاسدٌ، وكذلك النخيل والشجر، لأنه ليسَ لذلك نِهايةٌ معلومةٌ في العادة، وجهالة المدَّة في المعاملات تفسد المعاملة، وفي الإيضاح والذخيرة: ولو دفع إلىٰ رجل أصولَ رطبةٍ ثابتةٍ في الأرض معاملةً ولم يسمِّ سنةً ولا أكثرَ من ذلك فهذا علىٰ وجهين: فإن لم يكن لجزازها وقتٌ معلومٌ فالعقد فاسدٌ، وإن كان لجزازها وقتٌ معلومٌ فالعقد جائزٌ وتقع على الجزَّة الأولىٰ، وهذا لأنَّ الرطبة ممَّا تزداد طولًا بطول المدة، فمتىٰ لم يكن وقت الجزاز معلومًا كانت مدَّة المعاملة مجهولةً، بخلاف الثمر، لأنَّ لإدراكه وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وإن طالَ الزمان، أمَّا الرطبة بخلافها.

لِلْحَاجَةِ وَقَدْ عَمَّتْ، وَأَثَرُ خَيْبَرَ لَا يَخُصُّهُمَا لِأَنَّ أَهْلَهَا كَانُوا يَعْمَلُونَ فِي الأَشْجَارِ وَالرِّطَابِ أَيْضًا، وَلَوْ كَانَ كَمَا زَعَمَ فَالْأَصْلُ فِي النُّصُوصِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُولَةً سِيَّمَا عَلَىٰ أَصْلِهِ (وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الكَرْمِ أَنْ يُخْرِجَ العَامِلَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ) لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الوَفَاءِ بِالْعَقْدِ (وَكَذَا لَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَتْرُكَ العَمَلَ بِغَيْرِ عُذْرٍ) بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ صَاحِبِ البَذْرِ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا فِيهِ تَمْرٌ مُسَاقَاةً وَالتَّمْرُ يَزِيدُ بِالْعَمَلِ جَازَ وَإِنْ كَانَتْ قَدِ انْتَهَتْ لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا عَلَىٰ هٰذَا إِذَا دَفَعَ الزَّرْعَ وَهُوَ بَقْلٌ جَازَ، وَلَوْ اُسْتُحْصِدَ وَأُدْرِكَ لَمْ يَجُزْ، لِأَنَّ العَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالْعَمَلِ، وَلَا أَثَرَ لِلْعَمَلِ بَعْدَ التَّنَاهِي وَالْإِدْرَاكِ، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ لَكَانَ اسْتِحْقَاقًا بِغَيْرِ عَمَلٍ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ ذٰلِكَ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى العَمَلِ.

قَالَ: (وَإِذَا فَسَدَتِ المُسَاقَاةُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ

قوله: فَالْأَصْلُ فِي النُّصُوصِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُولَةً سِيَّمَا عَلَىٰ أَصْلِهِ، فإنه يقول بالتعليل ولا تشترط إقامة الدليل، علىٰ أن هذا النصَّ معلولٌ في الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكرم باعتبار ورودِ الأثر فيهما.

قوله: بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ صَاحِبِ البَذْرِ، لِمَا بينا، أي إذا امتنع صاحب البذر لا يجبر عليه، لأنَّ في إلقاء البذر في الأرض إتلاف ملكه فله أن لا يرضىٰ به، وهنا لا يحتاجُ ربُّ الكرم في إبقاء العقد إلىٰ إتلاف شيءٍ من ماله، فيلزمُ العقدَ من الجانبين ولا

الفَاسِدَةِ، وَصَارَ كَالْمُزَارَعَةِ إذَا فَسَدَتْ.

قَالَ: (وَتَبْطُلُ المُسَاقَاةُ بِالْمَوْتِ) لِأَنَّـهَا فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِيهَا، فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالْخَارِجُ بُسْرٌ فَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ يَقُومُ قَبْلَ ذٰلِكَ إِلَىٰ أَنْ يُدْرِكَ الثَّمَرَ، وَإِنْ كَرِهَ ذٰلِكَ وَرَثَةُ رَبِّ الأَرْضِ اسْتِحْسَانًا فَيَبْقَىٰ العَقْدُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الآخَرِ (وَلَوِ التَزَمَ العَامِلُ الضَّرَرَ يُتَخَيَّرُ وَرَثَةُ الآخَرِ بَيْنَ أَنْ يَقْسِمُوا البُسْرَ عَلَى الشَّرْطِ وَبَيْنَ أَنْ يُعْطُوهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مِنَ البُسْرِ وَبَيْنَ أَنْ يُنْفِقُوا عَلَى البُسْرِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ فَيَرْجِعُوا بِذٰلِكَ فِي حِصَّةِ العَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِهِمْ، وَقَدْ بَيَّنَّا نَظِيرَهُ فِي المُزَارَعَةِ (وَلَوْ مَاتَ العَامِلُ فَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ وَإِنْ كَرِهَ رَبُّ الأَرْضِ) لِأَنَّ فِيهِ النَّظَرَ مِنَ الجَانِبَيْنِ (فَإِنْ أَرَادُوا أَنْ يَصْرِمُوهُ بُسْرًا كَانَ صَاحِبُ الأَرْضِ بَيْنَ الخِيَارَاتِ الثَّلَاثَةِ) الَّتِي بَيَّنَّاهَا. (وَإِنْ مَاتَا جَمِيعًا فَالْخِيَارُ لِوَرَثَةِ العَامِلِ) لِقِيَامِهِمْ مَقَامَهُ، وَهٰذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ، وَهُوَ تَرْكُ الثِّمَارِ عَلَى الأَشْجَارِ إِلَىٰ وَقْتِ

ينفردُ واحدٌ منهما بفسخه إلا بعذرٍ، كسائر الإجارات.

قوله: بَيْنَ الخِيَارَاتِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي بَيَّنَّاهَا، أي إن شاؤوا جزّوا البسر فقسّموه على الشرط، وإن شاؤوا أعطوه نصفَ قيمة البُسر وصار البُسر كله بينهم، وإن شاؤوا أنفقوا على البسر حتّىٰ يبلغ ويرجعوا بالنفقة في حصّة العامل من الثمر، كما مرَّ في المزارعة.

قوله: وَهٰذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ وَهُوَ تَرْكُ الثِّمَارِ عَلَى الأَشْجَارِ إِلَىٰ وَقْتِ

الإِدْرَاكِ لَا أَنْ يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الخِيَارِ (فَإِنْ أَبَىٰ وَرَثَةُ العَامِلِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ كَانَ الخِيَارُ فِي ذٰلِكَ لِوَرَثَةِ رَبِّ الأَرْضِ) عَلَىٰ مَا وَصَفْنَا.

قَالَ: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُعَامَلَةِ وَالْخَارِجُ بُسْرٌ أَخْضَرُ فَهٰذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا إِلَىٰ أَنْ يُدْرِكَ لٰكِنْ بِغَيْرِ أَجْرٍ) لِأَنَّ الشَّجَرَ لَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ، بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ فِي هٰذَا لِأَنَّ الأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهَا، وَكَذٰلِكَ العَمَلُ كُلُّهُ عَلَى العَامِلِ هَاهُنَا وَفِي المُزَارَعَةِ فِي

الْإِدْرَاكِ لَا أَنْ يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الخِيَارِ، جوابٌ لأن يقال: خيارُ الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل، وفي المبسوط: ولو ماتا جميعًا كان الخيار في القيام عليه أو في تركه إلىٰ ورثة العامل لأنَّهم يقومون مقام العامل، وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت ربِّ الأرض، فكذلك يكون لورثته بعد موته، وليسَ هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حقٌّ ماليٌّ مستحقٌّ عليه، وهو ترك الثمار على النخيل إلىٰ وقت الإدراك.

قوله: لٰكِنْ بِغَيْرِ أَجْرٍ، أي على العامل في معاملة نصيبه من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء المدَّة.

قوله: لِأَنَّ الشَّجَرَ لَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ، حتى لو اشترىٰ ثمارًا على الأشجار ثمَّ استأجر الأشجار إلىٰ وقت الإدراك لا يجب عليه أجرٌ.

قوله: بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ فِي هٰذَا، أي فيما إذا انقضت مدَّة المزارعة.

قوله: لِأَنَّ الأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهَا، فإن من اشترىٰ زرعًا في أرضٍ ثمَّ استأجر الأرضَ مدَّةً معلومةً جاز ووَجَبَ المسمَّىٰ، وإن استأجرها إلىٰ وقت إدراك الزرع وَجَبَ

هٰذَا عَلَيْهِمَا، لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ بَعْدَ انْتِهَاءِ المُدَّةِ عَلَى العَامِلِ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ العَمَلَ وَهَاهُنَا لَا أَجْرَ فَجَازَ أَنْ يَسْتَحِقَّ العَمَلَ كَمَا يَسْتَحِقُّ قَبْلَ انْتِهَائِهَا.

قَالَ: (وَتُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الإِجَارَاتِ، وَقَدْ بَيَّنَّا وُجُوهَ العُذْرِ فِيهَا. وَمِنْ جُمْلَتِهَا أَنْ يَكُونَ العَامِلُ سَارِقًا يُخَافُ عَلَيْهِ سَرِقَةَ السَّعَفِ وَالثَّمَرِ قَبْلَ الإِدْرَاكِ لِأَنَّهُ يُلْزِمُ صَاحِبَ الأَرْضِ ضَرَرًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ فَتُفْسَخُ بِهِ. وَمِنْهَا مَرَضُ العَامِلِ إِذَا كَانَ يُضْعِفُهُ عَنِ العَمَلِ، لِأَنَّ فِي إِلْزَامِهِ اسْتِئْجَارَ الأُجَرَاءِ زِيَادَةَ ضَرَرٍ عَلَيْهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ فَيُجْعَلُ ذٰلِكَ عُذْرًا، وَلَوْ أَرَادَ العَامِلُ تَرْكَ ذٰلِكَ العَمَلِ هَلْ يَكُونُ عُذْرًا؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ. وَتَأْوِيلُ إِحْدَاهُمَا أَنْ يَشْتَرِطَ العَمَلَ بِيَدِهِ فَيَكُونَ عُذْرًا مِنْ جِهَتِهِ (وَمَنْ دَفَعَ أَرْضًا بَيْضَاءَ إِلَىٰ رَجُلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً يَغْرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَىٰ أَنْ تَكُونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الأَرْضِ وَالْغَارِسِ نِصْفَيْنِ لَمْ يَجُزْ

أجر المثل، فإذا ظهر هذا الفرق يبتني عليه فرقٌ آخر وهو أنَّ العملَ هنا عليهما بحسب ملكهما في الزرع، لأنَّ ربَّ الأرض لمَّا استوجب الأجرَ على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدَّة، وهنا العملُ على العامل في الكلِّ لأنه لا يستوجب ربُّ النخل عليه أجرًا بعد انقضاء المدَّة، كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدَّة، فيكون العملُ كله على العامل إلىٰ وقت الإدراك كما قبل انقضاء المدَّة.

قوله: وَتَأْوِيلُ إِحْدَاهُمَا أَنْ يَشْتَرِطَ العَمَلَ بِيَدِهِ فَيَكُونَ عُذْرًا مِنْ جِهَتِهِ، لأنه تعذَّر عليه استيفاء المعقود عليه.

ذٰلِكَ) لِاشْتِرَاطِ الشَّرِكَةِ فِيمَا كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ الشَّرِكَةِ لَا بِعَمَلِهِ (وَجَمِيعُ الثَّمَرِ وَالْغَرْسِ لِرَبِّ الأَرْضِ وَلِلْغَارِسِ قِيمَةُ غَرْسِهِ وَأَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ قَفِيزِ الطَّحَّانِ: إِذْ هُوَ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ وَهُوَ نِصْفُ الْبُسْتَانُ فَيَفْسُدُ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الغِرَاسِ لِاتِّصَالِهَا بِالْأَرْضِ فَيَجِبُ قِيمَتُهَا وَأَجْرُ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي قِيمَةِ الغِرَاسِ لِتَقَوُّمِهَا بِنَفْسِهَا وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ بَيَّنَّاهُ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي، وَهٰذَا أَصَحُّهُمَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: **وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ**، وهو أن يكون مشتريًا نصف الغراس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولةٌ فلا يجوز.

قوله: **وَهٰذَا أَصَحُّهُمَا**، ذكر في مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة: فجميع الثَّمر والغرس لربِّ الأرض، وللمغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل، ثمَّ قال: قد بيَّنا في المسئلة طريقين لمشايخنا رحمهم الله تعالىٰ في كتاب الإجارات، أحدهما: أنه اشترىٰ منه نصف الغرس بنصف الأرض، والآخر أنه اشترىٰ منه جميع الغرس بنصف الأرض، والأصحُّ أنه استأجر ليجعل أرضه بستانًا بآلات نفسه علىٰ أن يكون أجره نصف البستان الذي يظهر بعمله وآلاته، وذلك في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدًا، فعلىٰ هذا قوله في الكتاب: **وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ**، أي طريق الشراء، وإن كان فيه طريقان إلا أنَّ معنى الشراء يشتملهما، وطريقٌ آخر طريق الإجارة وهو أصحُّهما، وفي فتاوىٰ قاضي خان: رجلٌ دَفَعَ إلىٰ رجلٍ أرضًا مدَّةً معلومةً علىٰ أن يغرس المدفوع إليه فيها أغراسًا علىٰ أنَّ ما يحصل من الأغراس والثمار يكون بينهما جاز، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

كِتَابُ الذَّبَائِحِ

قَالَ: (الذَّكَاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وَلِأَنَّ بِهَا يَتَمَيَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ مِنَ اللَّحْمِ الطَّاهِرِ. وَكَمَا يَثْبُتُ بِهِ الحِلُّ يَثْبُتُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي المَأْكُولِ وَغَيْرِهِ، فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْهَا. وَمِنْهَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ذَكَاةُ الأَرْضِ يُبْسُهَا» وَهِيَ اخْتِيَارِيَّةٌ كَالْجُرْحِ فِيمَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَاضْطِرَارِيَّةٌ وَهِيَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ البَدَنِ. وَالثَّانِي كَالْبَدَلِ عَنِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ العَجْزِ عَنِ الأَوَّلِ. وَهٰذَا آيَةُ البَدَلِيَّةِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الأَوَّلَ أَعْمَلُ فِي إِخْرَاجِ الدَّمِ وَالثَّانِيَ أَقْصَرُ فِيهِ، فَاكْتَفَىٰ بِهِ عِنْدَ العَجْزِ عَنِ الأَوَّلِ، إِذِ

كتاب الذبائح

هيَ جمعُ ذبيحةٍ، وهيَ اسم ما يذبح كالذبح، والذبحُ مصدر ذَبَح إذا قطع الأوداجَ، والذكاة الذبح اسم من ذكى الذبيحة تذكيةً إذا ذبحها، وهيَ شرط لحلِّ الذبيحة، لقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وحكم ما بعد الاستثناء يخالفُ ما قبله.

قوله: فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْهَا، أي الذكاة تنبئ عن الطهارة، قال عليه الصلاة والسلام: «ذكاة الأرض يُبسها»، أي طهارة الأرض، أي إذا يبست من رطوبة النجاسة طَهُرَت وطابت، كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب، كذا في الصحاح والمغرب.

التَّكْلِيفُ بِحَسْبِ الوُسْعِ. وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ الذَّابِحُ صَاحِبَ مِلَّةِ التَّوْحِيدِ إِمَّا اعْتِقَادًا كَالْمُسْلِمِ أَوْ دَعْوَىٰ كَالْكِتَابِيِّ، وَأَنْ يَكُونَ حَلَالًا خَارِجَ الحَرَمِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ حَلَالٌ) لِمَا تَلَوْنَا. وَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُ وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوِ امْرَأَةً، أَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَضْبِطُ وَلَا يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ لَا تَحِلُّ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ عَلَىٰ

قوله: أَوْ دَعْوَىٰ كَالْكِتَابِيِّ، لأنه يدَّعي التوحيدَ، ثمَّ إنَّما تحلُّ ذبيحة الكتابيِّ فيما إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عُزير أو اسم المسيح، وأمَّا إذا ذكر ذلك فلا تحلُّ كما لا تحلُّ ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالىٰ، لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] فحال الكتابيِّ في ذلك لا يكون أعْلىٰ من حال المسلم.

قوله: وَذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ حَلَالٌ، لِمَا تَلَوْنَا، وهو قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وهو عامٌ يتناول المسلم والكتابي، وقوله تعالىٰ: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمرادُ به طعامٌ يلحقه حكم الذكاة من جهتهم، لأنه خصَّ أهل الكتاب بالذكر، وفيما لا تلحقه الذكاةَ يستوى الكتابي والمجوسي، كالسمك وغيره.

قوله: وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ، قيل: معناه أن يعلم حلَّ الذبيحة بالتسمية والذبيحة، وفي نسخة: وَالذَّبِيحَةَ، أي شرائط الذبح من فري الأوداج ونحوه.

قوله: وَيَضْبِطُ، أي يقدر على فري الأوْدَاج ويحسن القيام به.

الذَّبِيحَةِ شَرْطٌ بِالنَّصِّ وَذٰلِكَ بِالْقَصْدِ. وَصِحَّةُ القَصْدِ بِمَا ذَكَرْنَا. وَالْأَقْلَفُ وَالْمَخْتُونُ سَوَاءٌ لِمَا ذَكَرْنَا، وَإِطْلَاقُ الكِتَابِيِّ يَنْتَظِمُ الكِتَابِيَّ وَالذِّمِّيَّ وَالْحَرْبِيَّ وَالْعَرَبِيَّ وَالتَّغْلِبِيَّ، لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ المِلَّةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ» وَلِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي التَّوْحِيدَ فَانْعَدَمَتِ المِلَّةُ اعْتِقَادًا وَدَعْوَىٰ.

قَالَ: (وَالْمُرْتَدِّ) لِأَنَّهُ لَا مِلَّةَ لَهُ. فَإِنَّهُ لَا يُقِرُّ عَلَىٰ مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَىٰ غَيْرِ دِينِهِ لِأَنَّهُ يُقِرُّ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ عَلَيْهِ عِنْدَ الذَّبْحِ لَا مَا قَبْلَهُ.

قَالَ: (وَالْوَثَنِيِّ) لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقِدُ المِلَّةَ.

قَالَ: (وَالْمُحْرِمِ) يَعْنِي مِنَ الصَّيْدِ (وَكَذَا لَا يُؤْكَلُ مَا ذُبِحَ فِي الحَرَمِ مِنَ الصَّيْدِ) وَالْإِطْلَاقُ فِي المُحَرَّمِ يَنْتَظِمُ الحِلَّ وَالْحَرَمَ، وَالذَّبْحُ فِي الحَرَمِ يَسْتَوِي فِيهِ الحَلَالُ وَالْمُحْرِمُ، وَهٰذَا لِأَنَّ الذَّكَاةَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ

قوله: فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ عَلَيْهِ عِنْدَ الذَّبْحِ لَا مَا قَبْلَهُ، حتَّىٰ لو تمجَّس يهوديٌّ أو نصرانيٌّ لم يحلَّ صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لو كان مجوسيًّا في الأصل، وإن تهوَّد مجوسيٌّ أو تنصَّر يُؤكل صيده وذبيحته، كما لو كان عليه في الأصل، لأنه يقرُّ على ما اعتقد عندنا، لأنه صارَ بحيث يدعى التوحيدَ فلا يجوز إجباره على العود إلىٰ دعوى الاثنين، فإذا كان مقرًّا على ما اعتقده التحقَ بما كان عليه في الأصل.

وَهٰذَا الصَّنِيعُ مُحَرَّمٌ فَلَمْ تَكُنْ ذَكَاةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذَبَحَ الْمُحْرِمُ غَيْرَ الصَّيْدِ أَوْ ذَبَحَ فِي الحَرَمِ غَيْرَ الصَّيْدِ صَحَّ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ، إِذِ الحَرَمُ لَا يُؤَمِّنُ الشَّاةَ، وَكَذَا لَا يَحْرُمُ ذَبْحُهُ عَلَى الْمُحْرِمِ.

قَالَ: (وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عَمْدًا فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لَا تُؤْكَلُ وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا أُكِلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: أُكِلَ فِي الوَجْهَيْنِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُؤْكَلُ فِي الوَجْهَيْنِ وَالْمُسْلِمُ وَالْكِتَابِيُّ فِي تَرْكُ التَّسْمِيَةُ سَوَاءٌ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا تَرَكَ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ إِرْسَالِ البَازِي وَالْكَلْبِ، وَعِنْدَ الرَّمْيِ، وَهٰذَا القَوْلُ مِنَ الشَّافِعِيِّ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَهُ فِي حُرْمَةِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَإِنَّمَا الخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا. فَمِنْ مَذْهَبِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُ يَحْرُمُ، وَمِنْ مَذْهَبِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَنَّهُ يَحِلُّ، بِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَلِهٰذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالْمَشَايِخُ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: إِنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لَا يَسَعُ فِيهِ الاِجْتِهَادُ، وَلَوْ قَضَىٰ القَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ لَا يَنْفُذُ لِكَوْنِهِ مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ، لَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُسْلِمُ يَذْبَحُ عَلَىٰ اسْمُ اللهِ تَعَالَىٰ سَمَّىٰ أَوْ لَمْ يُسَمِّ» وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلْحِلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَانِ كَالطَّهَارَةِ فِي

قوله: وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلْحِلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَانِ كَالطَّهَارَةِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ، لأنَّها لو كانت التسمية من شرائط الحلِّ كان مأمورًا بها، وفي المأمور

بَابِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا فَالْمِلَّةُ أُقِيمَتْ مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي، وَلَنَا الكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] الآيَةَ، نَهْيٌ وَهُوَ لِلتَّحْرِيمِ. وَالْإِجْمَاعُ وَهُوَ مَا بَيَّنَّا. وَالسُّنَّةُ وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمِ الطَّائِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ فِي آخِرِهِ «فَإِنَّك إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَىٰ كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَىٰ كَلْبِ غَيْرِكَ» عَلَّلَ الحُرْمَةَ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ. وَمَالِكٌ يَحْتَجُّ بِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ لَا فَصْلَ فِيهِ وَلٰكِنَّا نَقُولُ: فِي اعْتِبَارِ ذٰلِكَ مِنَ الحَرَجِ مَا لَا يَخْفَىٰ، لِأَنَّ الإِنْسَانَ كَثِيرُ النِّسْيَانِ وَالْحَرَجُ مَدْفُوعٌ وَالسَّمْعُ غَيْرُ مُجْرًىٰ عَلَىٰ ظَاهِرِهِ، إِذْ لَوْ أُرِيدَ بِهِ لَجَرَتِ المُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الِانْقِيَادُ

لا فرقَ بين النسيان والعمد في العمل، كقطع الحلقوم والأوداج، والتكبير والقراءة في الصلاة، وإنَّما يقع الفرق في المزجور، كالأكل والشرب في الصوم، لأنَّ موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيًا اعتقادًا، فأمَّا موجب الأمر الائتمار، والتارك ناسيًا أو عامدًا لا يكون مؤتمرًا.

قوله: وَالسُّنَّةُ وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيٍّ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أرسلتَ كلبكَ المُعَلَّم وذكرتَ اسمَ الله عليه فكُلْ، فإن شاركَ كلبَكَ كلبٌ آخر فلا تأكل، فإنَّكَ إنَّما سمَّيتَ علىٰ كلبكَ ولم تسمِّ علىٰ كلب غيركَ» فعلَّل الحرمة بأنه لم يسمِّ علىٰ كلب غيره، فهو دليل الحرمة إذا لم يسمِّ علىٰ كلب نفسه.

قوله: وَالسَّمْعُ غَيْرُ مُجْرًى عَلَىٰ ظَاهِرِهِ، هذا جوابٌ عن قول مالك رحمه الله تعالىٰ حيث يحتجُّ بظاهر قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:

وَارْتَفَعَ الخِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلُ. وَالْإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعْذُورٌ لَا يَدُلُّ عَلَيْهَا فِي حَقِّ العَامِدِ وَلَا عُذْرَ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ حَالَةِ النِّسْيَانِ، ثُمَّ التَّسْمِيَةُ فِي ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهِيَ عَلَىٰ المَذْبُوحِ. وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ وَهِيَ عَلَىٰ الآلَةِ، لِأَنَّ المَقْدُورَ لَهُ فِي الأَوَّلِ الذَّبْحُ وَفِي الثَّانِي الرَّمْيُ وَالْإِرْسَالُ

١٢١] لأنَّ ذبيحة الناسي مختلفةٌ في الصدر الأوَّل، ولم يجز الاحتجاج بينهم بظاهر النصِّ، ولو أريد به ظاهره لجرتِ المحاجة بينهم وظَهَر الانقياد من المخالفين فارتفع الخلافُ بينهم، فإن قيل: الناسي مخصوصٌ من النصِّ فيخصُّ العامدَ بالقياس؟ قلنا: الناسي ليسَ بمخصوصٍ منه، لأنه ذاكرٌ تقديرًا لقيام الملَّة مقام الذكر، فإن قيل: فليقم الملَّة مقام الذكر في حقِّ العامد أيضـًا؟ قلنا: إقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذورٌ مستحقٌّ للنظر، والتخفيف لا يدلُّ علىٰ إقامتها مقامها في حقِّ العامد وهو غيرُ معذورٍ، ولأنَّ الناسي لا يخلو من أن يكون مرادًا منه أو لم يكن، فإن كان مرادًا لا يكون مخصوصًا، وحينئذٍ يلزم إرادة العامد بالطريق الأوْلىٰ، وإن لم يكن مرادًا يلزم إرادة العامد صونًا للنصِّ عن التعطيل، فإن قيل: النصُّ مجملٌ فإنه لا يدرىٰ أنه أريد به حال الذبح، أو حال الطَّبخ، أو حال الأكل، والاحتجاج بالمجمل لا يصحُّ؟ قلنا: أجْمَعَ السلف علىٰ أنَّ المرادَ به حال الذبح لا سائر الأحوال فلا يكون مجملًا.

قوله: وَالْإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعْذُورٌ لَا يَدُلُّ عَلَيْهَا فِي حَقِّ العَامِدِ وَلَا عُذْرَ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَمَا رَوَاهُ، أي الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمُ يذبحُ على اسم الله تعالىٰ سمَّىٰ أو لم يسمِّ».

دُونَ الإِصَابَةِ فَتُشْتَرَطُ عِنْدَ فِعْلٍ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، حَتَّىٰ إِذَا أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّىٰ فَذَبَحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لَا يَجُوزُ. وَلَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ صَيْدٍ وَسَمَّىٰ وَأَصَابَ غَيْرَهُ حَلَّ، وَكَذَا فِي الإِرْسَالِ، وَلَوْ أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّىٰ ثُمَّ رَمَىٰ بِالشَّفْرَةِ وَذَبَحَ بِالْأُخْرَىٰ أُكِلَ، وَلَوْ سَمَّىٰ عَلَىٰ سَهْمٍ ثُمَّ رَمَىٰ بِغَيْرِهِ صَيْدًا لَا يُؤْكَلُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَىٰ شَيْئًا غَيْرَهُ. وَأَنْ يَقُولَ عِنْدَ الذَّبْحِ: اللّٰهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ فُلَانٍ) وَهٰذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا لَا مَعْطُوفًا فَيُكْرَهُ وَلَا تَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ. وَهُوَ المُرَادُ بِمَا قَالَ. وَنَظِيرُهُ أَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ. لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لَمْ تُوجَدْ فَلَمْ يَكُنِ الذَّبْحُ وَاقِعًا لَهُ. إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِوُجُودِ القُرْآنِ صُورَةً فَيُتَصَوَّرُ

قوله: وَهٰذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا لَا مَعْطُوفًا فَيُكْرَهُ وَلَا تَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ. وَهُوَ المُرَادُ بِمَا قَالَ. وَنَظِيرُهُ أَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ، إن قال بالرفع يحلُّ، وإن قال بالخفض لا يحلُّ، هكذا ذكر في النوازل، وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو، وقال بعضهم: علىٰ قياس ما رویٰ عن محمد رحمه الله تعالىٰ أن لا يرى الخطأ في النحو معتبرًا في باب الصلاة ونحوها لا تحرمُ الذبيحة، كذا في الذخيرة، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: ذكر اسمَ الله واسمَ الرسول موصولًا بغير واو فهذا علىٰ أَوْجُهٍ: إمَّا أن ينصب محمدًا، أو يخفضه، أو يرفعه، وفي كلها يحلُّ لأنَّ اسم الرسول غير مذكورٍ علىٰ سبيل العطف فيكون مبتدئًا، لكن يكره لوجود الوصل صورةً، وإن ذكر مع الواو إن خفضه لا يحلُّ لأنه يصير ذابحًا بِهما، وإن رفعه يحل لأنه كلامٌ مبتدأٌ، وإن نصبه

بِصُورَةِ المُحَرَّمِ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا عَلَىٰ وَجْهِ العَطْفِ وَالشَّرِكَةِ بِأَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ وَاسْمِ فُلَانٍ، أَوْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ وَفُلَانٍ. أَوْ بِاسْمِ اللهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ بِكَسْرِ الدَّالِ فَتَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ لِأَنَّهُ أَهَلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ. وَالثَّالِثَةُ أَنْ يَقُولَ مَفْصُولًا عَنْهُ صُورَةً وَمَعْنًىٰ بِأَنْ يَقُولَ قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَقَبْلَ أَنْ يُضْجِعَ الذَّبِيحَةَ أَوْ بَعْدَهُ، وَهٰذَا لَا بَأْسَ بِهِ لِمَا رُوِيَ عَنِ «النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ الذَّبْحِ اللّٰهُمَّ تَقَبَّلْ هٰذِهِ عَنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ مِمَّنْ شَهِدَ لَكَ بِالْوَحْدَانِيَّةِ وَلِيَ بِالْبَلَاغِ» وَالشَّرْطُ هُوَ الذِّكْرُ الخَالِصُ المُجَرَّدُ عَلَىٰ مَا قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ عِنْدَ الذَّبْحِ اللّٰهُمَّ اغْفِرْ لِي لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَسُؤَالٌ، وَلَوْ قَالَ الحَمْدُ لِلّٰهِ أَوْ سُبْحَانَ اللهِ يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ حَلَّ، وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ الحَمْدُ لِلّٰهِ لَا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ. لِأَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الحَمْدَ عَلَىٰ نِعَمِهِ دُونَ التَّسْمِيَةِ. وَمَا تَدَاوَلَتْهُ الأَلْسُنُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهُوَ قَوْلُهُ بِاسْمِ اللهِ وَاللهُ أَكْبَرُ مَنْقُولٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - فِي قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج: ٣٦].

اختلفوا فيه، وعلىٰ هذا القياس لو سمَّىٰ آخر مع اسم الله تعالىٰ.

قوله: مَنْقُولٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أي - فِي قَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾، وذكر في ذبائح الذخيرة: قال البقالي: والمستحب أن يقول: بسم اللهِ الله أكبر، بدون الواو، فإن قال مع الواو يكسر لأنه يقطع فور التسمية.

قَالَ: (وَالذَّبْحُ بَيْنَ الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي الحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ وَأَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ» ، وَلِأَنَّهُ مَجْمَعُ المَجْرَىٰ وَالْعُرُوقِ فَيَحْصُلُ بِالْفِعْلِ فِيهِ إِنْهَارُ الدَّمِ عَلَىٰ أَبْلَغِ الوُجُوهِ فَكَانَ حُكْمُ الكُلِّ سَوَاءً.

قَالَ: (وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةٌ: الحُلْقُومُ، وَالْمَرِيءُ، وَالْوَدَجَانِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ»

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي الحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ وَأَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، وإنَّما أعادَ لفظ الجامع الصغير لأنَّ فيه بيان أنَّ محل الذبح الحلق، وليسَ ذلك في قوله: الذبح بين الحلق واللَّبة، وهو رواية المبسوط، فإطلاق هذه الرواية يقتضي أن يحل المذبوح وإن وقع الذبح أعلىٰ من الحلقوم، لكونه ما بين اللبة واللحيين، وقد صرَّح في ذبائح الذخيرة بأنَّ الذبح إذا وقع أعلىٰ من الحلقوم أو أسفل منه لا يحلُّ، وفي فتاوىٰ أهل سمرقند: قصابٌ ذَبَح الشاة في ليلةٍ مظلمةٍ فقطع أعلىٰ من الحلقوم أو أسفل منه يحرُم أكلها، لأنه ذبح في غير المذبح وهو الحلقوم، فظهر أنَّ رواية الجامع الصغير مقيَّدة لرواية المبسوط، ومخالفة لما ذكر في فوائد الإمام الرُّستغفني رحمه الله تعالىٰ: سُئِل عمَّن ذبح شاةً فبقيت عقدة الحلقوم ممَّا يلي الصدر وكان يجبُ أن يبقىٰ ممَّا يلي الرأس أَ يؤكل أم لا؟ قال: هذا قول العوام من الناس، وليسَ هذا بمعتبرٍ، ويجوز أكلها سواءٌ بقيت العقدة ممَّا يلي الرأس أو ممَّا يلي الصدرَ، لأنَّ المعتبر عندنا قَطع أكثر الأوْداج وقد وجد.

قوله: أَفْرِ الأَوْدَاجَ، الفريُ: القطع للإصلاح، والإفراء الإفساد، فكسر الهمزة ههنا ألْيَقُ.

وَهِيَ اسْمُ جَمْعٍ وَأَقَلُّهُ الثَّلَاثُ فَيَتَنَاوَلُ المَرِيءَ وَالْوَدَجَيْنِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الِاكْتِفَاءِ بِالْحُلْقُومِ وَالْمَرِيءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَطْعُ هٰذِهِ الثَّلَاثَةِ إِلَّا بِقَطْعِ الحُلْقُومِ فَيَثْبُتُ قَطْعُ الحُلْقُومِ بِاقْتِضَائِهِ، وَبِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ وَلَا يُجَوِّزُ الأَكْثَرَ مِنْهَا بَلْ يَشْتَرِطُ قَطْعَ جَمِيعِهَا (وَعِنْدَنَا إِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ، وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: لَا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الحُلْقُومِ وَالْمَرِيءِ وَأَحَدِ الوَدَجَيْنِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰكَذَا ذَكَرَ القُدُورِيُّ الِاخْتِلَافَ فِي مُخْتَصَرِهِ. وَالْمَشْهُورُ فِي كُتُبِ مَشَايِخِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - أَنَّ هٰذَا قَوْلُ

قوله: وَهِيَ اسْمُ جَمْعٍ وَأَقَلُّهُ الثَّلَاثُ، فإن قيل: الجمع المحلَّى بالألف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى الجمع، كقوله تعالىٰ: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ﴾ [الأحزاب: ٥٢]؟ قلنا: إنَّما يُصار إلى الجنس إذا لم يكن ثمَّ معهودٌ، وهٰهنا العروقُ التي يرد عليها الذبح معهودةٌ معلومةٌ فلا يُصار إلى الجنس ولا تلغو صيغةَ الجمع، ولأنَّ المقصودَ إزالة الروح وتسييل الدماء السيَّالة علىٰ سبيل التوحية، إذ في الإبطاء زيادة تعذيبٍ هي منهيٌّ عنها، وهذا المقصود إنَّما يحصل بقطع هذه العروق لا الفرد منها.

قوله: فَيَتَنَاوَلُ المَرِيءَ وَالْوَدَجَيْنِ، أي بطريق التغليب.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَطْعُ هٰذِهِ الثَّلَاثَةِ إِلَّا بِقَطْعِ الحُلْقُومِ فَيَثْبُتُ قَطْعُ الحُلْقُومِ بِاقْتِضَائِهِ، وإنَّما قال إنَّ النص يتناولُ المريء من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء، لأنَّ قطع مجرى النفس أبْلَغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف، وقد فسَّر المصنفُ المريءَ بمجرى النفس.

أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنْ قَطَعَ نِصْفَ الحُلْقُومِ وَنِصْفَ الأَوْدَاجِ لَمْ يُؤْكَلْ. وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَ الأَوْدَاجِ وَالْحُلْقُومَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أُكِلَ. وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا فَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيهِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذَا قَطَعَ الثَّلَاثَ: أَيَّ ثَلَاثٍ كَانَ يَحِلُّ، وَبِهِ كَانَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعَ إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعْتَبِرُ أَكْثَرَ كُلِّ فَرْدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لِانْفِصَالِهِ عَنْ غَيْرِهِ وَلِوُرُودِ الأَمْرِ بِفَرْيِهِ فَيُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهَا. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ قَطْعِ الوَدَجَيْنِ إِنْهَارُ الدَّمِ فَيَنُوبُ أَحَدُهُمَا عَنِ الآخَرِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا مَجْرَىٰ الدَّمِ. أَمَّا الحُلْقُومُ فَيُخَالِفُ المَرِيءَ فَإِنَّهُ مَجْرَى العَلَفِ وَالْمَاءِ، وَالْمَرِيءُ مَجْرَى النَّفَسِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَطْعِهِمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَكْثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنَ الأَحْكَامِ، وَأَيَّ ثَلَاثٍ قَطَعَهَا فَقَدْ قَطَعَ الأَكْثَرَ مِنْهَا وَمَا هُوَ المَقْصُودُ يَحْصُلُ بِهَا هُوَ إِنْهَارُ الدَّمِ المَسْفُوحِ وَالتَّوْحِيَةُ فِي إِخْرَاجِ الرُّوحِ، لِأَنَّهُ لَا يَحْيَا بَعْدَ قَطْعِ مَجْرَىٰ النَّفَسِ أَوِ الطَّعَامِ، وَيَخْرُجُ الدَّمُ بِقَطْعِ أَحَدِ الوَدَجَيْنِ فَيُكْتَفَىٰ بِهِ تَحَرُّزًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ لِأَنَّ الأَكْثَرَ بَاقٍ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا احْتِيَاطًا لِجَانِبِ الحُرْمَةِ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ لِأَنَّ الأَكْثَرَ بَاقٍ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا احْتِيَاطًا

قَالَ: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِالظُّفْرِ وَالسِّنِّ وَالْقَرْنِ إِذَا كَانَ مَنْزُوعًا حَتَّىٰ لَا يَكُونَ بِأَكْلِهِ بَأْسٌ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ هٰذَا الذَّبْحُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمَذْبُوحُ مَيْتَةٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ مَا خَلَا الظُّفْرُ وَالسِّنَّ فَإِنَّهُمَا مُدَى الحَبَشَةِ» وَلِأَنَّهُ فِعْلٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلَا يَكُونُ ذَكَاةً كَمَا إِذَا ذُبِحَ بِغَيْرِ المَنْزُوعِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنْهِرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ» وَيُرْوَىٰ «أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ» وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ غَيْرِ المَنْزُوعِ فَإِنَّ الحَبَشَةَ كَانُوا يَفْعَلُونَ ذٰلِكَ، وَلِأَنَّهُ آلَةٌ جَارِحَةٌ فَيَحْصُلُ بِهِ مَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ إِخْرَاجُ الدَّمِ وَصَارَ كَالْحَجَرِ وَالْحَدِيدِ، بِخِلَافِ غَيْرِ المَنْزُوعِ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالثِّقْلِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى المُنْخَنِقَةِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِعْمَالَ جُزْءِ الآدَمِيِّ وَلِأَنَّ فِيهِ

لِجَانِبِ الحُرْمَةِ، يريدُ به لمَّا كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الأكثر، ويحتمل أن يريدَ أنَّ الأكثر من الثلاث القائم مقام الأربع باقٍ، فإنه إذا تركَ الاثنين غير مقطوعٍ يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للحلِّ وهو الثلاث، فإن قيل: المقطوع أيضًا أكثر ما شرط قطعه للحلِّ؟ قلنا: اعتبار الأكثر في المتروك أَوْلىٰ من اعتبار الأكثر في المقطوع ترجيحًا للمحرم، ويمكن أن يقال: المراد الأكثر من الواحد باقٍ فمحرَّم، لأنَّ المرخص ترك الواحد لا غير.

قوله: كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ، قيل الذي ينهر الدم ويفري الأوداجَ لا يكون مأكولًا، ورُوِيَ عن الشيخ الإسبيجابي رحمه الله تعالىٰ: أنه سُئِلَ رسول الله عليه الصلاة والسلام عن آلة الذبح فقال: «كل ما أنْهر الدم وأفرى الأوداج»، والفقهاء تركوا مقدِّمة الحديث، هكذا ذكر

إِعْسَارًا عَلَىٰ الحَيَوَانِ وَقَدْ أُمِرْنَا فِيهِ بِالْإِحْسَانِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللِّيطَةِ وَالْمَرْوَةِ وَكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ إِلَّا السِّنَّ القَائِمَ وَالظُّفْرَ القَائِمَ) فَإِنَّ المَذْبُوحَ بِهِمَا مَيْتَةٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَىٰ أَنَّهَا مَيْتَةٌ لِأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ نَصًّا. وَمَا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا يَحْتَاطُ فِي ذٰلِكَ، فَيَقُولُ فِي الحِلِّ لَا بَأْسَ بِهِ وَفِي الحُرْمَةِ يَقُولُ يُكْرَهُ أَوْ لَمْ يُؤْكَلْ.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ» وَيُكْرَهُ أَنْ يُضْجِعَهَا ثُمَّ يُحِدَّ الشَّفْرَةَ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ رَأَىٰ رَجُلًا أَضْجَعَ شَاةً وَهُوَ يُحِدُّ شَفْرَتَهُ فَقَالَ: لَقَدْ أَرَدْتَ أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، هَلَّا حَدَدْتَهَا قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا».

قَالَ: (وَمَنْ بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ كُرِهَ لَهُ ذٰلِكَ وَتُؤْكَلُ

هذا الحديث في غرائب الحديث أبو عُبيد رضي الله تعالىٰ عنه.

قوله: أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، ذكر في المبسوط في هذه المسئلة أنَّها تعرف ما يراد بِها، كما جاء في الخبر: أبْهمت البهائم إلا عن أربعةٍ: خالقها، ورازقها، وحتفها، وفسادها، فإذا كانت تعرف ذلك وهو يحدُّ الشفرة بين يديها كان فيه زيادة إيلام غير محتاج إليه.

قوله: النُّخَاعَ، النخاع خيطٌ أبيضُ في جوف عظم الرقبة يمتدُّ إلى الصلب، والفتح

ذَبِيحَتُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: قَطَعَ مَكَانَ بَلَغَ. وَالنُّخَاعُ عِرْقٌ أَبْيَضُ فِي عَظْمِ الرَّقَبَةِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ نَهَىٰ أَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ» وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: أَنْ يَمُدَّ رَأْسَهُ حَتَّىٰ يَظْهَرَ مَذْبَحُهُ، وَقِيلَ أَنْ يَكْسِرَ عُنُقَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ مِنَ الِاضْطِرَابِ، وَكُلُّ ذٰلِكَ مَكْرُوهٌ، وَهٰذَا لِأَنَّ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ وَفِي قَطْعِ الرَّأْسِ زِيَادَةَ تَعْذِيبِ الحَيَوَانِ بِلَا فَائِدَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا فِيهِ زِيَادَةَ إِيلَامٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذَّكَاةِ مَكْرُوهٌ. وَيُكْرَهُ أَنْ يَجُرَّ مَا يُرِيدُ ذَبْحَهُ بِرِجْلِهِ إِلَىٰ المَذْبَحِ، وَأَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ: يَعْنِي تَسْكُنَ مِنَ الاضْطِرَابِ، وَبَعْدَهُ لَا أَلَمَ فَلَا يُكْرَهُ النَّخْعُ وَالسَّلْخُ، إِلَّا أَنَّ الكَرَاهَةَ لِمَعْنًىٰ زَائِدٍ وَهُوَ زِيَادَةُ الأَلَمِ قَبْلَ الذَّبْحِ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ فَلِهٰذَا قَالَ: تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ.

قَالَ: (فَإِنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفَاهَا فَبَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّىٰ قَطَعَ العُرُوقَ حَلَّ) لِتَحَقُّقِ المَوْتِ بِمَا هُوَ ذَكَاةٌ، وَيُكْرَهُ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ الأَلَمِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا جَرَحَهَا ثُمَّ قَطَعَ الأَوْدَاجَ (وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ العُرُوقِ لَمْ تُؤْكَلْ) لِوُجُودِ المَوْتِ بِمَا لَيْسَ بِذَكَاةٍ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ الذَّبْحُ، وَمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ

والضم لغة في الكسر، ومن قال هو عرقٌ فقد سَهَا، إنَّما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا، ومنه: بخع الشاة، إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع، فالنخع أبلغ من البخع.

فَذَكَاتُهُ العَقْرُ وَالْجَرْحُ) لِأَنَّ ذَكَاةَ الِاضْطِرَارِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَالْعَجْزُ مُتَحَقِّقٌ فِي الوَجْهِ الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ (وَكَذَا مَا تَرَدَّىٰ مِنَ النَّعَمِ فِي بِئْرٍ وَوَقَعَ العَجْزُ عَنْ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ) لِمَا بَيَّنَّا. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ ذٰلِكَ نَادِرٌ. وَنَحْنُ نَقُولُ: المُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ العَجْزِ وَقَدْ تَحَقَّقَ فَيُصَارُ إِلَى البَدَلِ، كَيْفَ وَإِنَّا لَا نُسَلِّمُ النُّدْرَةَ بَلْ هُوَ غَالِبٌ. وَفِي الكِتَابِ أَطْلَقَ فِيمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّاةَ إِذَا نَدَّتْ فِي الصَّحْرَاءِ فَذَكَاتُهَا العَقْرُ، وَإِنْ نَدَّتْ فِي المِصْرِ لَا تَحِلُّ بِالْعَقْرِ لِأَنَّـهَا لَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا فَيُمْكِنُ أَخْذُهَا فِي المِصْرِ فَلَا عَجْزَ، وَالْمِصْرُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ فِي

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، أي في أوَّل باب الذبائح وهو قوله: والثانِي كالبدل من الأوَّل.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّ ذَكَاةَ الِاضْطِرَارِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ العَجْزِ، وهذا الذي ذكره فيما إذا علم أنَّ المتردي مات من عقره وجرحه، وفي الذخيرة: بعيرٌ تردَّىٰ في بئرٍ فوجأه وجأةً يعلم أنه لا يموت منها فماتَ لا يؤكل، وإن كان مشكلًا أكل، وفي النوادر: دَجاجة رجلٍ تعلَّقت بشجرة لا يصلُ إليها صاحبها فرماها، قال: إن كان يخافُ فوتَها تؤكل، وإن كانَ لا يخاف فوتَها لا تؤكل، وفي النوازل: بقرةٌ تعسَّرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حلَّ أكله، وإن جرحه في غير موضع الذَّبح إن كان لا يقدرُ علىٰ مذبحه يحلُّ أيضًا، وإن كان يقدر لا يحلُّ.

قوله: فِي الوَجْهَيْنِ، أي فيما توحَّش من النعم، وفيما تردَّىٰ في بئرٍ.

قوله: وَفِي الكِتَابِ أَطْلَقَ فِيمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ، أى في القدوري.

البَقَرِ وَالْبَعِيرِ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَىٰ أَخْذِهِمَا، وَإِنْ نَدَّا فِي المِصْرِ فَيَتَحَقَّقُ العَجْزُ، وَالصَّيَالُ كَالنَّدِّ إِذَا كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ أَخْذِهِ، حَتَّىٰ لَوْ قَتَلَهُ المَصُولُ عَلَيْهِ وَهُوَ يُرِيدُ الذَّكَاةَ حَلَّ أَكْلُهُ.

قَالَ: (وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحْرُ، فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ. وَالْمُسْتَحَبُّ فِي البَقَرِ وَالْغَنَمِ الذَّبْحُ فَإِنْ نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكْرَهُ) أَمَّا الِاسْتِحْبَابُ فَلِمُوَافَقَةِ السُّنَّةِ المُتَوَارَثَةِ وَلِاجْتِمَاعِ العُرُوقِ فِيهَا فِي المَنْحَرِ وَفِيهِمَا فِي المَذْبَحِ، وَالْكَرَاهَةُ لِمُخَالَفَةِ السُّنَّةِ وَهِيَ لِمَعْنًىٰ فِي غَيْرِهِ فَلَا تَمْنَعُ الجَوَازَ وَالْحِلَّ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مَالِكٌ إِنَّهُ لَا يَحِلُّ.

قَالَ: (وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ أَشْعَرَ أَوْ لَمْ يُشْعِرْ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا تَمَّ خَلْقُهُ أُكِلَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» وَلِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الأُمِّ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا

قوله: وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحْرُ، وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت اللحيين.

قوله: ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ، أي ذكاة الأمِّ نائبةٌ عن ذكاة الجنين كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع الوصي بيع اليتيم، وإنَّما يُؤكل الجنين بذكاة الأمِّ عندهما إذا تمَّ خلقه، وإن لم يتم خلقه لا يؤكل، وفي النوازل: رجلٌ له شاةٌ حاملٌ فأرادَ ذبحها إن

حَتَّىٰ يُفْصَلَ بِالْمِقْرَاضِ وَيَتَغَذَّىٰ بِغِذَائِهَا وَيَتَنَفَّسُ بِتَنَفُّسِهَا، وَكَذَا حُكْمًا حَتَّىٰ يَدْخُلَ فِي البَيْعِ الوَارِدِ عَلَى الأُمِّ وَيُعْتَقَ بِإِعْتَاقِهَا. وَإِذَا كَانَ جُزْءًا مِنْهَا فَالْجُرْحُ فِي الأُمِّ ذَكَاةٌ لَهُ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاتِهِ كَمَا فِي الصَّيْدِ. وَلَهُ أَنَّهُ أَصْلٌ فِي الحَيَاةِ حَتَّىٰ تُتَصَوَّرَ حَيَاتُهُ بَعْدَ مَوْتِهَا وَعِنْدَ

تقارب الولادة يكره ذبحها لأن فيه تضييعًا لِمَا في بطنها من غير فائدةٍ، وهذا التفريعُ إنَّما يتأتَّىٰ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفيه أيضًا: الجنينُ إذا خرج حيًّا ولم يكن من الوقت مقدارَ ما يقدر علىٰ ذبحه فماتَ يؤكل، وهذا التفريع علىٰ قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، رُوَي أنَّ أبا سعيد الخدريَّ رضي الله عنه سألَ رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال: أنا أنحر الجزورَ ويخرج من بطنها -جنينٌ ميِّتٌ أفنلقيه أم نأكله؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «كلوه فإنَّ ذكاة الجنين ذكاة أمه» وإذا كان مذكًّى يحلُّ بالإجماع، أو بقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] ومن الدليل الواضح لهما أنه يحلُّ ذبح الشاة الحامل، ولو لم يحل الجنين بذبح الأمِّ لما حلَّ ذبحها حاملًا، لِمَا فيه من إتلاف الحيوان لا لأكله، ونَهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أصل في الحياة حتَّىٰ يتصوَّر بعد موتِها، وعند ذلك يفرد بالذكاة، والمرادُ من الحديث التشبيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمِّه، وما ذكر من القصَّة أنَّ أبا سعيد الخدري رضي الله تعالىٰ عنه سأل رسول الله صلَّى الله عليه وسلم فإنه لا يكاد يصحُّ، ولو يثبت فالمراد من قولهم: فيخرج من بطنها جنينٌ ميِّتٌ أي مشرف على الموت، قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ۝٣٠﴾ [الزمر: ٣٠] ومعنى قوله: كلوه، أي اذبحوه وكلوه، وأمَّا قولهم: أنه يحلُّ ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الأمِّ لَمَا حلَّ ذبحها حاملًا، قلنا: إباحة ذبح الحامل لأنه يتوهَّم أن ينفصل الجنين حيًّا فيذبح، أو لأنَّ المقصود لحم الأمِّ وذبح الحيوان لغرضٍ صحيحٍ حلالٌ، كما لو ذبح ما ليس بمأكولٍ لمقصود الجلد.

ذٰلِكَ يُفْرَدُ بِالذَّكَاةِ، وَلِهٰذَا يُفْرَدُ بِإِيجَابِ الغُرَّةِ وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ، وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لَهُ وَبِهِ، وَهُوَ حَيَوَانٌ دَمَوِيٌّ، وَمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنَ الذَّكَاةِ وَهُوَ المَيْزُ بَيْنَ الدَّمِ وَاللَّحْمِ لَا يَتَحَصَّلُ بِجُرْحِ الأُمِّ، إِذْ هُوَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِخُرُوجِ الدَّمِ عَنْهُ فَلَا يُجْعَلُ تَبَعًا فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الجُرْحِ فِي الصَّيْدِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِخُرُوجِهِ نَاقِصًا فَيُقَامُ مَقَامَ الكَامِلِ فِيهِ عِنْدَ التَّعَذُّرِ. وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ تَحَرِّيًا لِجَوَازِهِ كَيْ لَا يَفْسُدَ بِاسْتِثْنَائِهِ، وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا كَيْ لَا يَنْفَصِلَ مِنَ الحُرَّةِ وَلَدٌ رَقِيقٌ.

قوله: وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ - أي الأمّ - تَحَرِّيًا لِجَوَازِهِ، يعني الولد إنّما يدخل في بيع الأمّ كيلا يفسد بيع الأمّ، فإنه لو لم يدخل في بيع الأمّ كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأمّ، وإنه مفسد بيع الأمّ فيدخل الولد في بيع الأمّ تحرّيًا لجواز بيع الأمّ.

قوله: وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا، يعني أنّ عتقه عند إعتاق الأمّ بطريق السراية مخصوصة بالصفات الشرعية، وكونه مذكًّىٰ من الصفات الحقيقية، وقائمٌ مقام ذكاء الاختيار ما هو خلفٌ عنه، وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها في إفادته وهو الجرح المدمي، ولهذا لو أصاب السهمُ الظلفَ أو القرنَ فمات لا يحلّ لعدم الجرح، وأمّا قولهم: أنه يتغذّىٰ بغذاء الأمّ؟ قلنا: لا نسلم، بل يبقيه الله تعالىٰ في بطن الأمّ من غير غذاءٍ، أو يوصل الله تعالىٰ الغذاءَ إليه كيف شاء، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِيْمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ وَمَا لَا يَحِلُّ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَلَا ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ» . وَقَوْلُهُ: «مِنَ السِّبَاعِ» ذُكِرَ عَقِيبَ النَّوْعَيْنِ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِمَا فَيَتَنَاوَلُ سِبَاعَ الطُّيُورِ وَالْبَهَائِمِ لِأَكْلِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ أَوْ نَابٌ. وَالسَّبُعُ كُلُّ مُخْتَطِفٍ مُنْتَهِبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً.

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قوله: ذِي نَابٍ، النَّابُ من الأسنان ممَّا يلي الرُّباعيات، والمخلب للطير كالظفر للإنسان.

قوله: لِأَكْلِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ أَوْ نَابٌ، فالحمامة لها مخلبٌ، والبعيرُ له نابٌ، والبقر كذلك، وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاحٌ منهما بأن يصيد بِهما، فذو الناب من السباع الأسد، والذئب، والنَّمر، والفهد، والثعلب، والضبع، والكلب، والسِّنور البري والأهليُّ، وذو المخلب من الطير الصقر، والبازي، والنسر، والعُقاب، والشاهين، والمُؤثِّر في الحرمة الإيذاء فهو طورًا يكون بالناب، وتارةً يكون بالمخلب أو الخبث، وهو قد يكون خلقةً كما في الحشرات والهوام، وقد يكون بعارضٍ كما في الجلالة.

قوله: وَالسَّبُعُ كُلُّ مُخْتَطِفٍ مُنْتَهِبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً، وإنَّما عدَّ هذه الأوصاف ليبتني عليها قوله: كيلا يعدو شيءٌ من هذه الأوصاف الذميمة إليهم، ثمَّ الفرق

وَمَعْنَى التَّحْرِيمِ وَاللهُ أَعْلَمُ كَرَامَةُ بَنِي آدَمَ كَيْ لَا يَعْدُوَ شَيْءٌ مِنْ هٰذِهِ الأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالْأَكْلِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ، فَيَكُونُ الحَدِيثُ حُجَّةً عَلَىٰ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي إِبَاحَتِهِمَا، وَالْفِيلُ ذُو نَابٍ فَيُكْرَهُ، وَالْيَرْبُوعُ وَابْنُ عِرْسٍ مِنَ السِّبَاعِ الهَوَامِّ وَكَرِهُوا أَكْلَ الرَّخَمِ وَالْبُغَاثِ لِأَنَّهُمَا يَأْكُلَانِ الجِيَفَ.

بين الاختطاف والانتهاب هو أنَّ الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور، وفي المبسوط: المراد بذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب، ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب، فلمَّا كان اسم السَّبع شاملًا على القبيلتين فسَّر السبع بهذين الوصفين.

قوله: كَيْ لَا يَعْدُوَ شَيْءٌ مِنْ هٰذِهِ الأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالْأَكْلِ، لِمَا أنَّ للغذاء من الأثر في ذلك، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يرضع لكم الحمقاء» فإنَّ اللَّبن يُغذي والخبيثُ حرامٌ بقوله تعالىٰ: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

قوله: وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ، لأنَّ لهما نابًا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب، فيكون الحديثُ حجةً على الشافعي رحمه الله تعالىٰ في إباحتهما، وما تمسَّك به الشافعيُّ رحمه الله تعالىٰ من حديث جابرٍ رضي الله تعالىٰ عنه أنه سُئِل عن الضبع أَ صيدٌ هو؟ قال: نعم، فقيل: أَ يُؤكل لحمه؟ قال: نعم، فقيل: أَ شيءٌ سمعتَه من رسول الله عليه الصلاة والسلام؟ فقال: نعم، فتأويله إن صحَّ أنه كان في الابتداء ثمَّ انتسخ بنزول قوله تعالى: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ وهذا لأنَّ الحرمة ثابتة شرعًا، فما رُويَ من الحلِّ يحمل علىٰ أنه كان قبل ثبوت الحرمة، كذا في المبسوط.

قوله: وَكَرِهُوا أَكْلَ الرَّخَمِ وَالْبُغَاثِ لِأَنَّهُمَا يَأْكُلَانِ الجِيَفَ، الرَّخم جمع رخمةٍ

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ) لِأَنَّهُ يَأْكُلُ الحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الجِيَفَ وَلَيْسَ مِنْ سِبَاعِ الطَّيْرِ.

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ الأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ، وَكَذَا الغُدَافُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا بَأْسَ بِأَكْلِ العَقْعَقِ) لِأَنَّهُ يُخَلِّطُ فَأَشْبَهَ الدَّجَاجَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ غَالِبَ أَكْلِهِ الجِيَفُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبُعِ وَالضَّبِّ وَالسُّلَحْفَاةِ وَالزُّنْبُورِ وَالْحَشَرَاتِ كُلِّهَا) أَمَّا الضَّبُعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا الضَّبُّ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - حِينَ سَأَلَتْهُ عَنْ أَكْلِهِ. وَهِيَ

وهي طائرٌ أبلقٌ يشبه النَّسر في الخلقة يقال له الأنْوَقُ، والبُغاث ما يصيدُ من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها، الواحدة بغاثةٌ وفي أوَّله الحركات الثَّلاث.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ، وفي الذخيرة: وأمَّا الغُراب الأبقع والأسود فهو أنواعٌ ثلاثة: نوعٌ يلتقط الحبَّ ولا يأكل الجيف وإنه لا يكره، ونوعٌ منه لا يأكل إلَّا الجيفَ وإنه مكروهٌ، ونوعٌ منه يخلط الحبَّ بالجيف يأكل الحبَّ مرَّة والجيفَ أُخرىٰ وإنه غير مكروهٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ يكره، الغُدَافُ، وهو غرابُ القيظ ويكون ضخمًا وافرًا بجناحين، والفاختة تؤكل وكذا الدُّبسيُّ بضم الدال، وأمَّا الخفَّاش فقد ذكر في بعض المواضع أنه يُؤكل، وذكر في بعضها أنه لا يؤكل.

قوله: وَأَمَّا الضَّبُّ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَىٰ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا حِينَ سَأَلَتْهُ عَنْ أَكْلِهِ، ورُوِيَ عن عائشة رضي الله تعالىٰ عنها أُهْديَ إليها ضبٌّ فدخلَ النبيّ صلى الله عليه وسلم فسألته عن أكله فنهاها عنه، فجاء سائلٌ فأرادت أن تطعمه إيَّاه

حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ، وَالزُّنْبُورُ مِنَ المُؤْذِيَاتِ. وَالسُّلَحْفَاةُ

فقال عليه الصلاة والسلام: «أ تطعمين ما لا تأكلين؟» وبهذا نأخذ فنقول: لا يحلُّ أكل الضبِّ، وهو حجَّةٌ على الشافعي رحمه الله تعالىٰ في إباحته، وما تمسَّك به الشافعيُّ رحمه الله تعالىٰ من حديث ابن عُمر رضي الله عنهما أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام سُئِل عن الضبِّ فقال: «لم يكن من طعام قومي فأجدُ نفسي تعافه فلا أحلُّه ولا أحرِّمُه»، وفي حديث ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما قال: أُكِلَ الضبُّ علىٰ مائدة النبي عليه الصلاة والسلام وفي الآكلين أبو بكر رضي الله تعالىٰ عنه، ورسول الله عليه الصلاة والسلام كان ينظرُ إليه ويضحك؟ قلنا: كان ذلك قبل ثبوت الحرمة، ونَهيُ النبيِّ عليه الصلاة والسلام عائشةَ رضي الله تعالىٰ عنها عن التصدُّق بالضبِّ دليلٌ علىٰ أنَّ امتناعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم من أكله كان لحرمته، لا لأنه كان يعافه، إذ لو لم يكن كذلك لأمَرها بالتصدُّق كما أمر به في شاة الأنصار بقوله: أطعموها الأسارىٰ، ثمَّ الأصلُ أنه متىٰ تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الإباحة يغلب الموجب للحظر، ولا يجوز أكل الحمر الأهلية، وكان بشر المريسي يبيح ذلك، وهو قول مالكٍ رحمه الله تعالىٰ، وحجَّتهما ما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها سُئلت عن ذلك فقالت قوله تعالىٰ: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وفي الحديث الحرُّ بن غالب رضي الله تعالىٰ عنه أنه سأل النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقال: لم يبقَ من مالي إلا حميراتٍ، فقال عليه الصلاة والسلام: «كل من سمين مالك» واعتبراه بالحمار الوحشيِّ، وكلُّ حيوان وحشيُّه مأكولٌ فأهليُّه مأكولٌ كالإبل والبقر، وعكسه الكلب والسنُّور، ولنا نَهْيُ النبي عليه الصلاة والسلام عن أكل الحُمُر الأهلية وأمره بإلقاء القدور يوم خيبَر والقدور تغلىٰ بلحوم الحمر الأهلية، ولم يكن ذلك بعلَّة الطهر لأنه أمَر بإلقاء القدور، وبعد ما صار لحمًا ليسَ فيه منفعة الطهر وما حرمها لأنَّها بِهيمةٌ لم تخمس، فإنَّ ما كان مأكولًا فللغانمين حقُّ التناول منه قبل الخمس، كالطعام والعلف، والمحرم والمبيح إذا وردا فالمحرم أوْلىٰ، وما استدلَّت به عائشةَ

مِنْ خَبَائِثِ الحَشَرَاتِ وَلِهٰذَا لَا يَجِبُ عَلَى المُحْرِمِ بِقَتْلِهِ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا تُكْرَهُ الحَشَرَاتُ كُلُّهَا اسْتِدْلَالًا بِالضَّبِّ لِأَنَّهُ مِنْهَا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ وَالْبِغَالِ) لِمَا رَوَىٰ خَالِدُ بْنُ الوَلِيدِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَىٰ عَنْ لُحُومِ الخَيْلِ وَالبِغَالِ وَالْحَمِيرِ» وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَهْدَرَ المُتْعَةَ وَحَرَّمَ لُحُومَ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ يَوْمَ خَيْبَرَ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ لِحَدِيثِ جَابِرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ «نَهَىٰ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى

رضي الله تعالىٰ عنها من الآية لا حجَّة لها فيه لأنَّها استدلت بعامٍّ دخله الخصوص بالاتفاق، وقد ثبتَ النهيُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار، وكان ذلك دليلُ الخصوص في هذا العام، ومعنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «كُلْ من سمين مالك» أي بِعه واستنفق ثمنه، يقالُ: فلانٌ أكلَ عقاره، واعتبار الأهليِّ بالوحشيِّ ساقطٌ فإنه لا مشابَهةَ بينهما معنًى، والمشابَهة الصورية لا تكون دليل الحلِّ مع أنَّ المفارقة بينهما قد صحَّت بالآثار، لأنه صحَّ في الأثر أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم أباحَ تناول الحمار الوحشيِّ، فإنه رُوِيَ أنَّ أعرابيًّا أهدىٰ إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام حمارًا وحشيًّا عقيرًا، أو رجل حمارًا وحشيًّا فأمر أبا بكرٍ رضي الله تعالىٰ عنه أن يقسمه بين الرفاق، وقد ذكرنا نَهيه عن تناول الحمار الأهليِّ عُلِمَ بِهذا أنه لا اعتبار للمشابِهة الصورية شرعًا.

اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ لُحُومِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الخَيْلِ يَوْمَ خَيْبَرَ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] خَرَجَ مَخْرَجَ الِامْتِنَانِ وَالْأَكْلُ مِنْ أَعْلَىٰ مَنَافِعِهَا، وَالْحَكَمُ لَا يَتْرُكُ الِامْتِنَانَ بِأَعْلَى النِّعَمِ وَيَمْتَنُّ بِأَدْنَاهَا، وَلِأَنَّهُ آلَةُ إِرْهَابِ العَدُوِّ فَيُكْرَهُ أَكْلُهُ احْتِرَامًا لَهُ وَلِهٰذَا يُضْرَبُ

قوله: وَالْأَكْلُ مِنْ أَعْلَىٰ مَنَافِعِهَا، وَالْحَكِيمُ لَا يَتْرُكُ الِامْتِنَانَ بِأَعْلَى النِّعَمِ، لأنه سيقت لبيان المنَّة وقد منَّ علينا بالركوب ولم يبيِّن الأكلَ، ولو كان مأكولًا لكان الأَوْلىٰ بيان منفعة الأكل، لأنه أعظم وجوه المنافع، لأنَّ فيه بقاء النفوس ولا يليقُ بحكمة الحكيم العدولُ عن بيان أَعْظَم المنافع إلىٰ بيان الأدنىٰ عند إظهار المنَّة، وهذا الاستدلال منقولٌ عن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه، فإن قيل: إنَّما لم يذكر لأنه يفهم الأعلىٰ بذكر الأدنىٰ بالطريق الأولىٰ؟ قلنا: ذلك إنَّما يصحُّ إذا كان البيانُ بطريق الكفاية، وما نحن بصدده من قبيل بيان النهاية، ألا ترىٰ إلىٰ قوله تعالىٰ فيما سبق: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَاۗ لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝﴾ [النحل: ٥] ثمَّ عطف عليه: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] فلو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ﴾ من غير ذكر شيءٍ آخر من المنافع، فلمَّا قال: لتَركبوها، ثبتَ أنَّ الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف، ولأنَّ البغل حرامٌ وإن ولدته رمكة، ولو حلت الرمكة لحلَّ ولدها كولد شاة حبلت من ذئبٍ، وولد الأتان البَرية من الحمار، ثمَّ قيل الكراهة عنده كراهةُ تحريمٍ، وحُكي عن عبد الرحيم الكرمني أنه قال: كنتُ متردِّدًا في هذه المسئلة فرأيتُ أبَا حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ في المنام يقول لي: كراهةُ تحريم يا عبد الرحيم، وإليه مال صاحب الحصر والهداية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ الكراهة

لَهُ بِسَهْمٍ فِي الغَنِيمَةِ، وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَتِهِ تَقْلِيلَ آلَةِ الجِهَادِ، وَحَدِيثُ جَابِرٍ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ خَالِدٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُحَرِّمِ. ثُمَّ قِيلَ: الكَرَاهَةُ عِنْدَهُ كَرَاهَةُ تَحْرِيمٍ. وَقِيلَ كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ. وَأَمَّا لَبَنُهُ فَقَدْ قِيلَ: لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي شُرْبِهِ تَقْلِيلُ آلَةِ الجِهَادِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ الأَرْنَبِ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَكَلَ مِنْهُ حِينَ أُهْدِيَ إِلَيْهِ مَشْوِيًّا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - بِالْأَكْلِ مِنْهُ» ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ السِّبَاعِ وَلَا مِنْ أَكَلَةِ الجِيَفِ فَأَشْبَهَ الظَّبْيَ.

قَالَ: (وَإِذَا ذُبِحَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ جِلْدُهُ وَلَحْمُهُ إِلَّا الآدَمِيَّ وَالْخِنْزِيرَ) فَإِنَّ الذَّكَاةَ لَا تَعْمَلُ فِيهِمَا، أَمَّا الآدَمِيُّ فَلِحُرْمَتِهِ وَكَرَامَتِهِ وَالْخِنْزِيرُ لِنَجَاسَتِهِ كَمَا فِي الدِّبَاغِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الذَّكَاةُ لَا تُؤَثِّرُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي إِبَاحَةِ اللَّحْمِ أَصْلًا. وَفِي طَهَارَتِهِ وَطَهَارَةِ الجِلْدِ تَبَعًا وَلَا تَبَعَ بِدُونِ الأَصْلِ وَصَارَ كَذَبْحِ المَجُوسِيِّ. وَلَنَا أَنَّ الذَّكَاةَ مُؤَثِّرَةٌ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ وَالدِّمَاءِ السَّيَّالَةِ وَهِيَ النَّجِسَةُ دُونَ ذَاتِ الجِلْدِ وَاللَّحْمِ، فَإِذَا زَالَتْ طَهُرَ كَمَا فِي الدِّبَاغِ. وَهٰذَا الحُكْمُ مَقْصُودٌ فِي الجِلْدِ كَالتَّنَاوُلِ فِي اللَّحْمِ وَفِعْلُ المَجُوسِيِّ إِمَاتَةٌ فِي الشَّرْعِ

في سؤره كما في لبنه، وقيل: لا بأس بلبنه لأنه ليسَ في شربه تقليل آلة الجهاد.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي إِبَاحَةِ اللَّحْمِ أَصْلًا، أي بطريق الأصالة.

قوله: وَفِعْلُ المَجُوسِيِّ إِمَاتَةٌ فِي الشَّرْعِ، لأنه ليسَ على الوجه المشروع، واختلفوا

فَلَا بُدَّ مِنَ الدِّبَاغِ، وَكَمَا يَطْهُرُ لَحْمُهُ يَطْهُرُ شَحْمُهُ، حَتَّىٰ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ لَا يُفْسِدُهُ خِلَافًا لَهُ. وَهَلْ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ فِي غَيْرِ الْأَكْلِ؟ قِيلَ: لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْأَكْلِ. وَقِيلَ يَجُوزُ كَالزَّيْتِ إِذَا خَالَطَهُ وَدَكُ الْمَيْتَةِ. وَالزَّيْتُ غَالِبٌ لَا يُؤْكَلُ وَيُنْتَفَعُ بِهِ فِي غَيْرِ الْأَكْلِ.

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكَ) وَقَالَ مَالِكٌ وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِإِطْلَاقِ جَمِيعِ مَا فِي الْبَحْرِ. وَاسْتَثْنَىٰ بَعْضُهُمْ الْخِنْزِيرَ وَالْكَلْبَ وَالْإِنْسَانَ. وَعَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَطْلَقَ ذَاكَ كُلَّهُ، وَالْخِلَافُ فِي الْأَكْلِ وَالْبَيْعِ وَاحِدٌ، لَهُمْ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الْبَحْرِ «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ» وَلِأَنَّهُ لَا دَمَ فِي هَٰذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذِ الدَّمَوِيُّ لَا يَسْكُنُ الْمَاءَ وَالْمُحَرَّمُ هُوَ الدَّمُ فَأَشْبَهَ السَّمَكَ. قُلْنَا: قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَمَا سِوَى السَّمَكِ

في أنَّ الموجبَ لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرَّد الذبح أو الذبح مع التسمية، قال بعضهم: مجرَّدُ الذبح، وقال بعضهم: بل الذبحُ مع التسمية، لأنَّ المُطَهِّر هو الذكاة، وهيَ عبارةٌ عن الذبح مع التسمية.

قوله: مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، أي بين صيدٍ وصيدٍ، وقوله: وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ، من غير فصلٍ بين ميتةٍ وميتةٍ.

قوله: وَمَا سِوَى السَّمَكِ خَبِيثٌ، أي يستخبثه الطبع.

خَبِيثٌ. «وَنَهَىٰ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ دَوَاءٍ يُتَّخَذُ فِيهِ الضُّفْدَعُ» ، وَنَهَىٰ عَنْ بَيْعِ السَّرَطَانِ وَالصَّيْدُ المَذْكُورُ فِيمَا تَلَا مَحْمُولٌ عَلَى الِاصْطِيَادِ وَهُوَ مُبَاحٌ فِيمَا لَا يَحِلُّ، وَالْمَيْتَةُ المَذْكُورَةُ فِيمَا رَوَىٰ مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّمَكِ وَهُوَ حَلَالٌ مُسْتَثْنَىٰ مِنْ ذٰلِكَ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا المَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الطَّافِي مِنْهُ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ لَا بَأْسَ بِهِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مَيْتَةَ البَحْرِ مَوْصُوفَةٌ بِالْحِلِّ بِالْحَدِيثِ. وَلَنَا مَا رَوَىٰ جَابِرٌ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ «مَا نَضَبَ عَنْهُ المَاءُ فَكُلُوا، وَمَا لَفَظَهُ المَاءُ فَكُلُوا، وَمَا طَفَا فَلَا

قوله: فِيمَا رَوَىٰ - وهو: الحل ميتته - ... عَلَى السَّمَكِ، أي محمولٌ على السمك مستثنًى عن ذلك، أي عن سائر الميتات بقوله عليه الصلاة والسلام: «أُحِلَّت لنا ميتتان»، فإن قيل: هذا الخبَر مخالفٌ لقوله تعالىٰ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ ﴾ [المائدة: ٣]؟ قلنا: هذا الخبر مشهورٌ مؤيَّدٌ بالإجماع فيجوز تخصيص الكتاب به، علىٰ أنَّ حل السمك يثبت بمطلق قوله تعالىٰ: ﴿تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ [فاطر: ١٢] وقوله تعالىٰ: ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] قيل: هو السمك الطريُّ وطعامه المقدَّد منه، وكذا الميتة والدم المحلَّىٰ بالألف واللام معهودٌ علىٰ ما ذكر في آية أخرىٰ: ﴿ أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا ﴾ [الأنعام: ١٤٥] فينصرف إلى المعهود ولا يثبت التعارضُ بين الكتاب والخبَر.

قوله: لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وهو الحلُّ ميتته.

تَأْكُلُوا» وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، وَمَيْتَةُ البَحْرِ مَا لَفَظَهُ البَحْرُ لِيَكُونَ مَوْتُهُ مُضَافًا إِلَى البَحْرِ لَا مَا مَاتَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ آفَةٍ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ الجِرِّيثِ وَالْمَارْمَاهِيِّ وَأَنْوَاعِ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ بِلَا ذَكَاةٍ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ الجَرَادُ إِلَّا أَنْ يَقْطَعَ الآخِذُ رَأْسَهُ أَوْ يَشْوِيَهُ لِأَنَّهُ صَيْدُ البَرِّ، وَلِهٰذَا يَجِبُ عَلَىٰ المُحْرِمِ بِقَتْلِهِ جَزَاءٌ يَلِيقُ بِهِ فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْقَتْلِ كَمَا فِي سَائِرِهِ. وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا. وَسُئِلَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ الجَرَادِ يَأْخُذُهُ الرَّجُلُ مِنَ الأَرْضِ وَفِيهَا المَيِّتُ وَغَيْرُهُ

قوله: وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - وهم علي وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهم - مِثْلُ مَذْهَبِنَا، وإنه بابٌ لا يُعرف قياسًا فثبت أنَّهم قالوه سماعًا.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ الجِرِّيثِ وَالْمَارْمَاهِيِّ، وهما نوعان من السمك.

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله: «أُحِلَّت لنا ميتتان»، ولا يقال: خُصَّ منه السَّمك إذا ماتَ من غير آفةٍ فكذا الجراد بالقياس، لأنا خصَّصناه بالنصِّ الوارد في الطافي لأنه في معنى الطافي من كلِّ وجهٍ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال في أوَّل الحديث: «ما نضب عنه الماء فكلوا، وما لفظه الماء فكلوا، وما طفا فلا تأكلوا» والمراد من الطافي ما يموت حتفَ أنفه من غير سببٍ حادثٍ، بخلاف الجراد فإنه نوعٌ آخر، فكان العمل بصريح نصٍّ وَرَدَ فيه أَوْلىٰ من العمل بقياسٍ أو بدلالة نصٍّ وَرَدَ في نوعٍ آخر، ولأنَّ موته لا بُدَّ من أن يكون بسببٍ فإنه بحريُّ الأصل بريُّ المعاش، كما قيل إنَّ بيض السمك إذا انحسر عنه الماءُ يصير جرادًا، فإذا مات في البرِّ فقد مات في غير موضع أصله، وإذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه، وذلك سببٌ لموته، ورُوِيَ أنَّ مريمَ رضي الله تعالىٰ عنها سألت لحمًا هنيًّا فرُزِقت الجراد، وعُمرُ رضي الله تعالىٰ عنه كان مولعًا بأكل الجراد.

فَقَالَ: كُلْهُ كُلَّهُ. وَهٰذَا عُدَّ مِنْ فَصَاحَتِهِ، وَدَلَّ عَلَىٰ إبَاحَتِهِ وَإِنْ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، بِخِلَافِ السَّمَكِ إذَا مَاتَ مِنْ غَيْرِ آفَةٍ لِأَنَّا خَصَّصْنَاهُ بِالنَّصِّ الوَارِدِ فِي الطَّافِي، ثُمَّ الأَصْلُ فِي السَّمَكِ عِنْدَنَا أَنَّهُ إذَا مَاتَ بِآفَةٍ يَحِلُّ كَالْمَأْخُوذِ، وَإِذَا مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ مِنْ غَيْرِ آفَةٍ لَا يَحِلُّ كَالطَّافِي، وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي. وَعِنْدَ التَّأَمُّلِ يَقِفُ المُبَرِّزُ عَلَيْهَا: مِنْهَا إذَا قَطَعَ بَعْضَهَا فَمَاتَ يَحِلُّ أَكْلُ مَا أُبِينَ وَمَا بَقِيَ. لِأَنَّ مَوْتَهُ بِآفَةٍ وَمَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَمَيْتَتُهُ حَلَالٌ. وَفِي المَوْتِ بِالْحَرِّ

قوله: وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي، وهو أنه: لو وجد في بطن السمك سمكةٌ أخرىٰ فإنه تؤكل، لأنَّ ضيق المكان سببٌ لموتِها، وكذلك إن جَمَعَها في حظيرةٍ لا تستطيع الخروجَ منها وهو يقدر علىٰ أخذها بغير صيدٍ فمتن فيها لأنَّ ضيق المكان سببٌ لموتِها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيدٍ فلا خيرَ في أكلها لأنه لم يظهر لموتِها سببٌ، فإذا ماتت السمك في الشبكة وهيَ لا تقدر على التخلُّص منها، أو أكلت شيئًا ألقاه في الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلومٌ فلا بأسَ بأكلها فهو في معنى ما انحسر عنه الماء، وقال عليه الصلاة والسلام: «وما انحسر عنه الماء فكل»، وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت، أمَّا إذا ماتت بحرِّ الماء أو ببرده ففيه روايتان: في إحدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتِها، وفي الرواية الأخرىٰ لا تؤكل لأنَّ الماءَ لا يقتل السمك حارًّا كان أو باردًا، وروىٰ هشامٌ عن محمَّدٍ رحمه الله تعالىٰ أنه إذا انحسرَ الماءُ عن بعضه، فإن كان رأسه في الماء فماتَ لا يؤكل، وإن كان الماء انحسرَ عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهو سببٌ لموته فيؤكل، كذا في المبسوط، وفي الذخيرة: إذا وجد في بطن الطافية سمكةٌ أنَّها تؤكل، وإن كانت طافية لا تؤكل، عن محمد رحمه الله تعالىٰ في سمكةٍ توجد في الكلب أنه

وَالْبَرْدِ رِوَايَتَانِ. وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

* * *

لا بأسَ يريدُ به إذا لم يتغيَّر، ولا بأسَ بأكل سمكةٍ يصيدها المجوسيُّ لأنَّها تحلُّ من غير تسميةٍ، فإنَّ المسلمَ إذا أخذ السَّمكَ وترك التسمية عمدًا يحلُّ، وما يحلُّ بدون التسمية فالمجوسيّ وغير المجوسيّ فيه سواءٌ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الأُضْحِيَّةِ

قَالَ: (الْأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ عَلَىٰ كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ فِي يَوْمِ الأَضْحَىٰ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ وَلَدِهِ الصِّغَارِ) أَمَّا الوُجُوبُ فَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَالْحَسَنِ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمُ اللهُ -. وَعَنْهُ أَنَّهَا سُنَّةٌ، ذَكَرَهُ فِي الجَوَامِعِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَاجِبَةٌ، وَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَهٰكَذَا ذَكَرَ بَعْضُ المَشَايِخِ الِاخْتِلَافَ. وَجْهُ السُّنَّةِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْكُمْ فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ وَأَظْفَارِهِ شَيْئًا» وَالتَّعْلِيقُ بِالْإِرَادَةِ يُنَافِي الوُجُوبَ، وَلِأَنَّهَا لَوْ

كتاب الأضحية

هيَ ما يُضحىٰ بِها، أي يُذبح، وجمعها الأضاحي، ويقال: ضحيَّة وضحايا، كهديَّة وهدايا، وأضحاة وأضحى، وبه يُسمَّىٰ يومُ الأضحىٰ، اعلم أنَّ القربة المالية نوعان: نوعٌ بطريق التمليك كالصدقات، ونوعٌ بطريق الإتلاف كالإعتاق، وفي الأضحية اجتمع المعنيان فإنَّها تقرُّبٌ بإراقة الدم وهو إتلافٌ، ثمَّ بالتصدُّق باللحم وهو تمليكٌ.

قوله: **فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ وَأَظْفَارِهِ**، أي لا يأخذ المُضحِّي من شعر نفسه وأظفاره.

كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَىٰ الْمُقِيمِ لَوَجَبَتْ عَلَى الْمُسَافِرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي الوَظَائِفِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَصَارَ كَالْعَتِيرَةِ. وَوَجْهُ الوُجُوبِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا» وَمِثْلُ هٰذَا الوَعِيدِ لَا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الوَاجِبِ، وَلِأَنَّهَا قُرْبَةٌ يُضَافُ إِلَيْهَا وَقْتُهَا. يُقَالُ يَوْمُ الأَضْحَىٰ، وَذٰلِكَ يُؤْذِنُ بِالْوُجُوبِ لِأَنَّ الإِضَافَةَ لِلاخْتِصَاصِ

قوله: لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي الوَظَائِفِ المَالِيَّةِ، قيَّد بالمالية لأنَّهما يختلفان في الوظائف البدنية، فالمسافرُ يلحقه المشقَّة في الأداء بالبدن.

قوله: وَصَارَ كَالْعَتِيرَةِ، وفي المغرب: العتيرةُ ذبيحةٌ في رجب يتقرَّب بِها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام، يعني أنَّ العتيرة لمَّا لم تجب على المسافر لا تجبُ على المقيم، فكذا الأضحية لمَّا لم تكن واجبةً على المسافر لا تكون واجبةً على المقيم، والجامع كون كلِّ واحد منهما قربةً يتقرَّب بِها إلى الله تعالىٰ، وصار قوله: كالزكاة، لبيان الطرد، وقوله: كالعتيرة، لبيان العكس، والعكس مرجِّحٌ ومؤكِّدٌ للعلة.

قوله: وَمِثْلُ هٰذَا الوَعِيدِ لَا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الوَاجِبِ، فإن قيل: أليسَ أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «من ترك أربعًا قبل الظهر لم تنله شفاعتي»، وقال عليه الصلاة والسلام: «من ترك سنتي لم ينل شفاعتي»؟ قلنا: ذاك محمولٌ على الترك اعتقادًا، أو الترك أصلًا، فإنَّ ترك السنة أصلًا حرامٌ، ولهذا تجبُ المقاتلة مع جماعةٍ تركوا الأذانَ وإن كان الأذانُ سنةً، لأنَّ إحياء السنة واجبٌ.

قوله: لِأَنَّ الإِضَافَةَ لِلاخْتِصَاصِ، أي لاختصاص المضاف بالمضاف إليه، والاختصاص إنَّما يثبت إذا وجد المضاف إليه لا محالةَ، وإنَّما يوجد المضاف إليه لا محالة إذا كان واجبًا بالنظر إلى الجنس أى جنس المكلَّفين لجواز أن يجتمعوا علىٰ ترك

وَهُوَ بِالْوُجُودِ، وَالْوُجُوبُ هُوَ الْمُفْضِي إِلَى الوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنْسِ، غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا وَيَفُوتُ بِمُضِيِّ الوَقْتِ فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الجُمُعَةِ، وَالْمُرَادُ بِالْإِرَادَةِ فِيمَا رُوِيَ وَاللهُ أَعْلَمُ مَا هُوَ ضِدُّ السَّهْوِ لَا التَّخْيِيرُ. وَالْعَتِيرَةُ مَنْسُوخَةٌ، وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَىٰ مَا قِيلَ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الوُجُوبُ بِالْحُرِّيَّةِ لِأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ لَا تَتَأَدَّىٰ إِلَّا بِالْمِلْكِ، وَالْمَالِكُ هُوَ الحُرُّ؛ وَبِالْإِسْلَامِ لِكَوْنِهَا قُرْبَةً، وَبِالْإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَالْيَسَارِ لِمَا رَوَيْنَا مِنِ اشْتِرَاطِ السَّعَةِ؛

ما ليسَ بواجبٍ، ولا يجتمعون علىٰ ترك الواجب، ولا تصحُّ الإضافة باعتبار جواز الأداء فيه فالصَّوم يجوز في سائر الشُّهور والمُسَمَّى بشهر الصوم رمضان.

قوله: وَالْمُرَادُ بِالْإِرَادَةِ، جوابٌ عمَّا تمسَّكَ به الشافعي رحمه الله تعالىٰ، أي المراد بها القصد الذي هو ضدُّ السهو، لا التخيير، لأنه مخبرٌ إجماعًا، وهذا لا ينافي الوجوبَ أي من قصد التضحية التي هي واجبةٌ، كقول من قال: من أراد منكم الجمعةَ فليغتسل.

قوله: وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَىٰ مَا قِيلَ، فيه إشارةٌ إلى الخلاف في تفسير العتيرة، وفي الإيضاح: العتيرةُ هيَ ما كان الرجلُ إذا ولدت له الناقة والشاة ذبح أوَّل ولدٍ فأكل وأطعم، وقيل: ينذر العرب فيقول: إذا بلغ شاؤه كذا وكذا فعليه أن يذبح من كل عشرٍ منها في رجبٍ، كذا قال محمد رحمه الله تعالىٰ، كان في الجاهلية ذبائحُ يذبحونَها، منها العقيقة، ومنها الرجبية، وهي شاةٌ تذبح في رجبٍ فيأكلون ويطعمون، ومنها العتيرة، كان الرجل إذا ولدت له الناقة ذبح أوَّل ولدٍ فأكل وأطعم، وكلها منسوخٌ بالأضحية.

قوله: وَبِالْإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: غيرَ أنَّ الأداءَ يختصُّ بأسبابٍ يشقُّ على المسافر استحضارها، وباليسار لِمَا روينا وهو: «من وجد سعةً ولم يضحِّ».

وَمِقْدَارُهُ مَا يَجِبُ بِهِ صَدَقَةُ الفِطْرِ وَقَدْ مَرَّ فِي الصَّوْمِ، وَبِالْوَقْتِ وَهُوَ يَوْمُ الأَضْحَىٰ لِأَنَّهَا مُخْتَصَّةٌ بِهِ، وَسَنُبَيِّنُ مِقْدَارَهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَتَجِبُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي الوُجُوبِ عَلَيْهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَنْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ نَفْسِهِ فَيَلْحَقُ بِهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَهٰذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَنْ وَلَدِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الفِطْرِ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَاكَ رَأْسٌ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ وَهُمَا مَوْجُودَانِ فِي الصَّغِيرِ وَهٰذِهِ قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ. وَالْأَصْلُ فِي القُرَبِ أَنْ لَا تَجِبَ عَلَى الغَيْرِ بِسَبَبِ الغَيْرِ وَلِهٰذَا لَا تَجِبُ عَنْ عَبْدِهِ وَإِنْ كَانَ يَجِبُ عَنْهُ صَدَقَةُ فِطْرِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلصَّغِيرِ

قوله: وَسَنُبَيِّنُ مِقْدَارَهُ، أي مقدار الوقت.

قوله: وَعَنْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ نَفْسِهِ، لأنه يلي نفسه وماله.

قوله: فَيَلْحَقُ بِهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ، وهذا لأنَّ كلَّ واحد منها قربةٌ ماليَّةٌ تعلَّقت بيومِ العيد فكانا نظيرين من هذا الوجه، وَرُوِيَ عَنْهُ - أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه يجبُ عن ولده، وهو ظاهر الرواية، والفتوىٰ على ظاهر الرواية، كذا في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ، وجه ظاهر الرواية: الأضحية لا تشبه صدقة الفطر من وجهٍ آخر، فإنَّ الصدقةَ تتأدَّىٰ بالتمليك وهذا بالإراقة فيقول بالاستحباب دون الوجوب، ولأنَّ صدقة الفطر أجريت مجرى المؤنة، والإراقةُ قربةٌ محضةٌ بدليل أنَّها لا يتقرَّب بِها إلى العباد فلا تجبُ بسبب الغير، بخلاف التصدُّق بالمال، فإنه كما يتقرَّبُ به إلى الله تعالىٰ يتقرَّبُ به إلى العباد فلا تكون قربةً محضةً، فجاز أن يجب على الغير بسبب الغير إذا قام الدليل وقد قام

مَالٌ يُضَحِّيَ عَنْهُ أَبُوهُ أَوْ وَصِيُّهُ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: يُضَحِّي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ لَا مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، فَالْخِلَافُ فِي هٰذَا كَالْخِلَافِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَقِيلَ لَا تَجُوزُ التَّضْحِيَةُ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لِأَنَّ هٰذِهِ القُرْبَةَ تَتَأَدَّىٰ بِالْإِرَاقَةِ وَالصَّدَقَةُ بَعْدَهَا تَطَوُّعٌ، وَلَا يَجُوزُ ذٰلِكَ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْكُلَ كُلَّهُ. وَالْأَصَحُّ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْ مَالِهِ وَيَأْكُلَ مِنْهُ مَا أَمْكَنَهُ وَيَبْتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ.

قَالَ: (وَيَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً أَوْ يَذْبَحُ بَقَرَةً أَوْ بَدَنَةً عَنْ سَبْعَةٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ، لِأَنَّ الإِرَاقَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ القُرْبَةُ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِالْأَثَرِ وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ «نَحَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - البَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ وَالْبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ». وَلَا نَصَّ فِي الشَّاةِ، فَبَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ القِيَاسِ. وَتَجُوزُ عَنْ سِتَّةٍ أَوْ خَمْسَةٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ، ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ عَنِ السَّبْعَةِ فَعَمَّنْ دُونَهُمْ أَوْلَىٰ، وَلَا تَجُوزُ عَنْ ثَمَانِيَةٍ أَخْذًا بِالْقِيَاسِ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ

الدليلُ علىٰ صدقة الفطر، قال عليه الصلاة والسلام: «أدُّوا عمَّن تمونون».

قوله: مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ، أي ببقاء عينه، كالثَّوب ومتاع البيت.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِنَ السُّبُعِ، حتَّى أنَّ الرجل إذا ماتَ وترك

مِنَ السُّبُعِ، وَلَا تَجُوزُ عَنِ الكُلِّ لِانْعِدَامِ وَصْفِ القُرْبَةِ فِي البَعْضِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَاحِدٍ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ سَبْعَةٍ، وَلَا تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتَيْنِ وَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ مِنْهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «عَلَىٰ كُلِّ أَهْلِ بَيْتٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» قُلْنَا: المُرَادُ مِنْهُ وَاللهُ أَعْلَمُ قَيِّمُ أَهْلِ البَيْتِ لِأَنَّ اليَسَارَ لَهُ يُؤَيِّدُهُ مَا يُرْوَىٰ «عَلَىٰ كُلِّ مُسْلِمٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» وَلَوْ كَانَتِ البَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ تَجُوزُ فِي الأَصَحِّ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثَلَاثَةُ الأَسْبَاعِ جَازَ

امرأةً وابنًا وبقرةً فضحيا بِها يومَ العيد لم يجز، لأنَّ نصيب المرأة أقلُّ من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن.

قوله: وَلَا تَجُوزُ عَنِ الكُلِّ لِانْعِدَامِ وَصْفِ القُرْبَةِ فِي البَعْضِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، لعلَّ مراده: وإذا أراد أحدهم بنصيبه اللحمَ لم يجز عن الباقين، إلىٰ آخره.

قوله: يُؤَيِّدُهُ مَا يُرْوَىٰ «عَلَىٰ كُلِّ مُسْلِمٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ»، هذا مُحكمٌ، وقوله عليه الصلاةوالسلام: «علىٰ كلِّ أهل البيت» محتملٌ فحملناه على المحكم، وَلَوْ كَانَتِ البَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ تَجُوزُ فِي الأَصَحِّ، هذا احترازٌ عن قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالىٰ، فإنَّهم قالوا: لا يجزيهما، لأنَّ كل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي، وقال بعضهم: يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشَّهيد رحمهما الله تعالىٰ، لأنَّه لمَّا جازَ ثلاثة الأسباع صار نصف السبع تبعًا، ووجه ذلك أنَّ نصف السبع وإن لم يكن أضحيةً فهي قربةٌ تبعًا للأضحية، كما إذا ضحَّىٰ شاةً فخرج من بطنها جنينٌ حيٌّ فإنه يجبُ عليه أن يضحيها

نِصْفُ السُّبُعِ تَبَعًا، وَإِذَا جَازَ عَلَى الشَّرِكَةِ فَقِسْمَةُ اللَّحْمِ بِالْوَزْنِ لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ، وَلَوِ اقْتَسَمُوا جُزَافًا لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ الأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

قَالَ: (وَلَوِ اشْتَرَىٰ بَقَرَةً يُرِيدُ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ اشْتَرَكَ فِيهَا سِتَّةٌ مَعَهُ جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَفِي القِيَاسِ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقُرْبَةِ فَيُمْنَعُ عَنْ بَيْعِهَا تَمَوُّلًا وَالِاشْتِرَاكُ هٰذِهِ صِفَتُهُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ قَدْ يَجِدُ بَقَرَةً سَمِينَةً يَشْتَرِيهَا وَلَا يَظْفَرُ بِالشُّرَكَاءِ وَقْتَ البَيْعِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُهُمْ بَعْدَهُ فَكَانَتِ الحَاجَةُ إِلَيْهِ مَاسَّةً فَجَوَّزْنَاهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَقَدْ أَمْكَنَ لِأَنَّ بِالشِّرَاءِ لِلتَّضْحِيَةِ لَا يَمْتَنِعُ البَيْعُ، وَالْأَحْسَنُ أَنْ يَفْعَلَ ذٰلِكَ قَبْلَ الشِّرَاءِ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الخِلَافِ، وَعَنْ صُورَةِ الرُّجُوعِ

وإن لم يجز تضحيته ابتداءً.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ الأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ، يعني إذا كان مع أحدهما بعض الأكارع ومع الآخر الجلد أو بعض الأكارع، أو مع أحدهما بعض الأكارع والجلد، حتّىٰ يصرف الجنس إلىٰ خلاف الجنس فيجوز، كما في البيع أي في بيع الجنس مع الجنس جزافًا، إذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيءٌ من خلاف الجنس فيجوز.

قوله: وَالِاشْتِرَاكُ هٰذِهِ صِفَتُهُ، أي البيع بطريق التَّموُّل.

قوله: لِأَنَّ بِالشِّرَاءِ لِلتَّضْحِيَةِ لَا يَمْتَنِعُ البَيْعُ، وفي المبسوط: وإذا اشترى أضحيةً ثمَّ باعها فاشترى مثلها فلا بأسَ بذلك، لأنَّ بنفس الشراء لا تتعيَّن الأضحية قبل أن يوجهها.

فِي القُرْبَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُكْرَهُ الِاشْتِرَاكُ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَلَيْسَ عَلَى الفَقِيرِ وَالْمُسَافِرِ أُضْحِيَّةٌ) لِمَا بَيَّنَّا. وَأَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ إِذَا كَانَا مُسَافِرَيْنِ، وَعَنْ عَلِيٍّ: وَلَيْسَ عَلَى المُسَافِرِ جُمُعَةٌ وَلَا أُضْحِيَّةٌ.

قَالَ: (وَوَقْتُ الأُضْحِيَّةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ) ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَهْلِ الأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّىٰ يُصَلِّيَ الإِمَامُ العِيدَ، فَأَمَّا أَهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُونَ بَعْدَ الفَجْرِ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ ذَبَحَ شَاةً قَبْلَ الصَّلَاةِ فَلْيُعِدْ ذَبِيحَتَهُ، وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلَاةِ فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ المُسْلِمِينَ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هٰذَا اليَوْمِ الصَّلَاةُ ثُمَّ الأُضْحِيَّةُ» غَيْرُ أَنَّ هٰذَا الشَّرْطَ فِي حَقِّ مَنْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَهُوَ المِصْرِيُّ دُونَ أَهْلِ السَّوَادِ، لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِاحْتِمَالِ التَّشَاغُلِ بِهِ عَنِ الصَّلَاةِ، وَلَا مَعْنَىٰ لِلتَّأْخِيرِ فِي حَقِّ القَرَوِيِّ وَلَا صَلَاةَ عَلَيْهِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي نَفْيِهِمَا الجَوَازَ بَعْدَ الصَّلَاةِ قَبْلَ نَحْرِ الإِمَامِ، ثُمَّ المُعْتَبَرُ فِي ذٰلِكَ مَكَانُ

قوله: يُكْرَهُ الِاشْتِرَاكُ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: لأنه أعدَّها للقربة فيمنع عن بيعها، إلىٰ آخره.

قوله: وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ فِي نَفْيِهِمَا الجَوَازُ بَعْدَ الصَّلَاةِ قَبْلَ نَحْرِ الإِمَامِ، أرادَ به قوله عليه الصلاة والسلام: «ومن ذبح بعد الصلاة

الْأُضْحِيَّةِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ فِي السَّوَادِ وَالْمُضَحِّي فِي المِصْرِ يَجُوزُ كَمَا انْشَقَّ الفَجْرُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى العَكْسِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الصَّلَاةِ. وَحِيلَةُ المِصْرِيِّ إِذَا أَرَادَ التَّعْجِيلَ أَنْ يَبْعَثَ بِهَا إِلَىٰ خَارِجِ المِصْرِ فَيُضَحِّيَ بِهَا كَمَا طَلَعَ الفَجْرُ، لِأَنَّهَا تُشْبِهُ الزَّكَاةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ المَالِ قَبْلَ مُضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ كَالزَّكَاةِ بِهَلَاكِ النِّصَابِ فَيُعْتَبَرُ فِي الصَّرْفِ مَكَانُ المَحَلِّ لَا مَكَانُ الفَاعِلِ اعْتِبَارًا بِهَا، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الفِطْرِ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ المَالِ بَعْدَمَا طَلَعَ الفَجْرُ مِنْ يَوْمِ الفِطْرِ وَلَوْ ضَحَّىٰ بَعْدَمَا صَلَّىٰ أَهْلُ المَسْجِدِ وَلَمْ يُصَلِّ أَهْلُ الجَبَّانَةِ أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهَا صَلَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ، حَتَّىٰ لَوِ اكْتَفَوْا بِهَا أَجْزَأَتْهُمْ وَكَذَا عَلَىٰ عَكْسِهِ. وَقِيلَ هُوَ

فقد تمَّ نسكه»، وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده.

قوله: فَيُعْتَبَرُ فِي الصَّرْفِ - أي في الإراقة - مَكَانُ المَحَلِّ - أي المال - لَا مَكَانُ الفَاعِلِ اعْتِبَارًا بِهَا - أي بالزكاة - بِخِلَافِ صَدَقَةِ الفِطْرِ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ المَالِ بَعْدَمَا طَلَعَ الفَجْرُ مِنْ يَوْمِ الفِطْرِ، فكان محلها الذِّمَّة، فاعتبرنا فيها مكان المؤدَّىٰ لامكان الولد والرقيق علىٰ ما عليه الفتوىٰ.

قوله: حَتَّىٰ لَوِ اكْتَفَوْا بِهَا أَجْزَأَتْهُمْ، يعني لا يجبُ عليهم الذهاب إلى الجبانة، ولو لم تكن معتبرةً لوَجَبَ عليهم الذهاب إليها، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يجوز لأنَّها عبادةٌ دارت بين الجواز وعدمه فينبغي أن لا يجوز احتياطًا، وهذا لأنَّها من حيث كونِها بعد الصلاة تجوز، ومن حيث كونِها قبل الصلاة التي تؤدَّىٰ في الجبانة لا تجوز.

قوله: وَكَذَا عَلَىٰ - هذا - عَكْسِهِ، أي على القياس والاستحسان إذا صلَّى أهل

جَائِزٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا.

قَالَ: (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ: يَوْمُ النَّحْرِ وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَيَّامُ التَّشْرِيقِ كُلُّهَا أَيَّامُ ذَبْحٍ» وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَنَّهُمْ قَالُوا: أَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا وَقَدْ قَالُوهُ سَمَاعًا لِأَنَّ الرَّأْيَ لَا يَهْتَدِي إِلَى المَقَادِيرِ، وَفِي الأَخْبَارِ تَعَارُضٌ فَأَخَذْنَا بِالْمُتَيَقَّنِ وَهُوَ الأَقَلُّ، وَأَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا كَمَا قَالُوا وَلِأَنَّ فِيهِ مُسَارَعَةً إِلَىٰ أَدَاءِ القُرْبَةِ وَهُوَ الأَصْلُ إِلَّا لِمُعَارِضٍ. وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِاحْتِمَالِ الغَلَطِ فِي ظُلْمَةِ اللَّيْلِ، وَأَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ، وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ثَلَاثَةٌ، وَالْكُلُّ يَمْضِي بِأَرْبَعَةٍ أَوَّلُهَا نَحْرٌ لَا غَيْرُ وَآخِرُهَا تَشْرِيقٌ لَا غَيْرُ، وَالْمُتَوَسِّطَانِ نَحْرٌ وَتَشْرِيقٌ، وَالتَّضْحِيَةُ فِيهَا أَفْضَلُ مِنَ

الجبانة دون أهل المسجد، وَقِيلَ هُوَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، لأنَّ المسنونَ في العيد الخروج إلى الجبانة فأهل الجبانة أصلٌ وقد صلُّوا.

قوله: كَمَا قَالُوا، أي عُمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم.

قوله: وَهُوَ الأَصْلُ، أي الأصل المسارعة إلىٰ أداء القربة إلَّا لمعارضٍ كما في الإسفار بالفجر والإبراد بالظهر ونحوه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «أسفروا وأبردوا».

قوله: لِاحْتِمَالِ الغَلَطِ فِي ظُلْمَةِ اللَّيْلِ، أي في المذبح أو في الشاة في أنَّها له أو لغيره، أو بذبح شاةٍ فإنَّ فيها بعض الشرائط.

التَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الأُضْحِيَّةِ لِأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَوْ سُنَّةً، وَالتَّصَدُّقُ تَطَوُّعٌ مَحْضٌ فَتَفْضُلُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِفَوَاتِ وَقْتِهَا، وَالصَّدَقَةُ يُؤْتَىٰ بِهَا فِي الأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَنَزَلَتْ مَنْزِلَةَ الطَّوَافِ وَالصَّلَاةِ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ (وَلَوْ لَمْ يُضَحِّ حَتَّىٰ مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ كَانَ فَقِيرًا وَقَدِ اشْتَرَى الأُضْحِيَّةَ تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ شَاةٍ اشْتَرَىٰ أَوْ لَمْ يَشْتَرِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى الغَنِيِّ. وَتَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ التَّضْحِيَةِ عِنْدَنَا، فَإِذَا فَاتَ الوَقْتُ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّصَدُّقُ إِخْرَاجًا لَهُ عَنِ العُهْدَةِ، ....

قوله: فَنَزَلَتْ مَنْزِلَةَ الطَّوَافِ، فإنَّ الطوافَ بالبيت أفضلُ في حقِّ الآفاقي من الصلاة.

قوله: إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَىٰ نَفْسِهِ، أي شاةً بعينها بأن يكون في ملكه شاةٌ فيقول: أضحي بِهذه، أو يقول: لله عليَّ أن أضحي بِهذه، أو يقول: عليَّ أن أضحي بِهذه، أو يكون فقيرًا اشترى شاةً بنيَّة الأضحية عليه أن يتصدَّق بِها حيَّةً، وإن ذبحَ لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدَّقُ بلحمها وفضل ما بيْن قيمتها مذبوحةً وغير مذبوحةً، كذا في الأوضح.

قوله: وَتَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ التَّضْحِيَةِ، وروى الزعفرانيُّ عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ أنه لا يجب، وهو قول الشافعي رحمه الله، لأنَّ القرب إنَّما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحدٌ، وإنَّا نقول: الشراء من الفقير مقرونًا بنيَّة الأضحية بمنزلة النذر، ودفع النبيّ صلَّى الله عليه وسلَّم إلىٰ حكيم بن حزام أوْ إلىٰ غيره دينارًا ليشتري بِها أضحيةً فاشترىٰ شاتين وباعهما بدينارين ثمَّ اشترى بدينارٍ شاةً فجاء بالشاة والدينار فأمر النبيُّ عليه الصلاة والسلام أن يضحي بالشاةِ ويتصدَّق بالدينار، وفيه دليلٌ علىٰ جواز بيع الأضحية، وعلىٰ أنَّ الأضحية لزمته لمجرَّد النية مقرونًا بالشراء إذ تصدَّق بالدينار.

كَالْجُمُعَةِ تُقْضَىٰ بَعْدَ فَوَاتِهَا ظُهْرًا، وَالصَّوْمِ بَعْدَ العَجْزِ فِدْيَةً.

قَالَ: (وَلَا يُضَحِّي بِالْعَمْيَاءِ وَالْعَوْرَاءِ وَالْعَرْجَاءِ الَّتِي لَا تَمْشِي إِلَى المَنْسِكِ وَلَا العَجْفَاءِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «لَا تُجْزِئُ فِي الضَّحَايَا أَرْبَعَةٌ: العَوْرَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا وَالْعَرْجَاءُ البَيِّنُ عَرَجُهَا وَالْمَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي».

قَالَ: (وَلَا تُجْزِئُ مَقْطُوعَةُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ) أَمَّا الأُذُنُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اسْتَشْرِفُوا العَيْنَ وَالْأُذُنَ» أَيْ اُطْلُبُوا سَلَامَتَهُمَا. وَأَمَّا الذَّنَبُ فَلِأَنَّهُ عُضْوٌ كَامِلٌ مَقْصُودٌ فَصَارَ كَالْأُذُنِ.

قَالَ: (وَلَا الَّتِي ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا وَذَنَبِهَا، وَإِنْ بَقِيَ أَكْثَرُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ جَازَ) لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ بَقَاءً وَذَهَابًا وَلِأَنَّ العَيْبَ اليَسِيرَ لَا يُمْكِنُ

قوله: كَالْجُمُعَةِ تُقْضَىٰ بَعْدَ فَوَاتِهَا ظُهْرًا، والجامعُ بينهما أنَّ قضاء ما وَجَبَ عليه في الأداء بجنسٍ غيرِ جنس الأداء.

قوله: البَيِّنُ عَرَجُهَا، هيَ أن لا يمكنها المشيُ برجلها العرجاء، وإنَّما تمشي بثلاث قوائم، حتَّىٰ لو كانت تضع الرابعة على الأرض وضعًا خفيفًا يجوز، ذكره خواهر زاده رحمه الله تعالىٰ.

قوله: الَّتِي لَا تُنْقِي، أي ليس لها نقيٌ وهو المُخُّ من شدَّة العجف.

قوله: بَقَاءً وَذَهَابًا، أي بقاءُ الأكثر كبقاء الكلِّ، وذهاب الأكثر كذهاب الكلِّ، والأصلُ أنَّ العيب الفاحش مانعٌ واليسير غيرُ مانعٍ لأنَّ الحيوان قلَّما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه، ولأنه عليه الصلاة والسلام شرطَ أن يكون بيِّنًا واليسير لا يكون بيِّنًا.

التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَجُعِلَ عفْوًا، وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي مِقْدَارِ الأَكْثَرِ. فَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ: وَإِنْ قُطِعَ مِنَ الذَّنَبِ أَوِ الأُذُنِ أَوِ العَيْنِ أَوِ الأَلْيَةِ الثُّلُثُ أَوْ أَقَلُّ أَجزَأَهُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ لَمْ يُجْزِهِ لِأَنَّ الثُّلُثَ تَنْفُذُ فِيهِ الوَصِيَّةُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الوَرَثَةِ فَاعْتُبِرَ قَلِيلًا، وَفِيمَا زَادَ لَا تَنْفُذُ إِلَّا بِرِضَاهُمْ فَاعْتُبِرَ كَثِيرًا، وَيُرْوَىٰ عَنْهُ الرُّبُعُ لِأَنَّهُ يَحْكِي حِكَايَةَ الكَمَالِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الصَّلَاةِ، وَيُرْوَى الثُّلُثُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ الوَصِيَّةِ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا بَقِيَ الأَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ أَجْزَأَهُ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَخْبَرْتُ بِقَوْلِي أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، فَقَالَ قَوْلِي هُوَ قَوْلُكَ. قِيلَ هُوَ رُجُوعٌ مِنْهُ إِلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِكَ. وَفِي كَوْنِ النِّصْفِ مَانِعًا رِوَايَتَانِ عَنْهُمَا كَمَا فِي انْكِشَافِ العُضْوِ عَنْ

قوله: وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي مِقْدَارِ الأَكْثَرِ، رُوِيَ عنه أربع رواياتٍ فيه، والكلُّ مذكورٌ في الهداية.

قوله: قِيلَ هُوَ رُجُوعٌ مِنْهُ إِلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وكان يقول أوّلًا: الثلثُ قليلٌ والكثيرُ ما زاد على الثلث، ثمَّ رجع وقال: الكثيرُ النصفُ، وما زاد على النصف كما هو قولهما، وقيل معناه: قولي قريبٌ من قولكَ، لأنَّ أبا يوسف رحمه الله تعالىٰ اعتبر الأكثر من النصف، وأبا حنيفة رحمه الله اعتبر الأكثر من الثُّلُث، والثلث أقرب إلى النصف من غيره.

أَبِي يُوسُفَ، ثُمَّ مَعْرِفَةُ المِقْدَارِ فِي غَيْرِ العَيْنِ مُتَيَسَّرٌ، وَفِي العَيْنِ قَالُوا: تُشَدُّ العَيْنُ المَعِيبَةُ بَعْدَ أَنْ لَا تَعْتَلِفَ الشَّاةُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ يُقَرَّبُ العَلَفُ إِلَيْهَا قَلِيلًا قَلِيلًا، فَإِذَا رَأَتْهُ مِنْ مَوْضِعٍ أُعْلِمَ عَلَىٰ ذٰلِكَ المَكَانِ ثُمَّ تُشَدُّ عَيْنُهَا الصَّحِيحَةُ وَقُرِّبَ إِلَيْهَا العَلَفُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّىٰ إِذَا رَأَتْهُ مِنْ مَكَان أُعْلِمَ عَلَيْهِ. ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَىٰ تَفَاوُتِ مَا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ ثُلُثًا فَالذَّاهِبُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانَ نِصْفًا فَالنِّصْفُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُضَحِّيَ بِالْجَمَّاءِ) وَهِيَ الَّتِي لَا قَرْنَ لَهَا لِأَنَّ القَرْنَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقْصُودٌ، وَكَذَا مَكْسُورَةُ القَرْنِ لِمَا قُلْنَا (وَالْخَصِيِّ) لِأَنَّ لَحْمَهَا أَطْيَبُ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ضَحَّىٰ بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ مَوْجُوءَيْنِ» (وَالثَّوْلَاءِ) وَهِيَ المَجْنُونَةُ، وَقِيلَ هٰذَا إِذَا كَانَتْ تَعْتَلِفُ لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ لَا تَعْتَلِفُ فَلَا تُجْزِئُهُ. (وَالْجَرْبَاءُ) إِنْ كَانَتْ سَمِينَةً جَازَ لِأَنَّ الجَرَبَ فِي الجِلْدِ وَلَا نُقْصَانَ فِي اللَّحْمِ، وَإِنْ كَانَتْ مَهْزُولَةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الجَرَبَ فِي اللَّحْمِ فَانْتَقَصَ. وَأَمَّا الهَتْمَاءُ وَهِيَ الَّتِي لَا أَسْنَانَ لَهَا؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الأَسْنَانِ الكَثْرَةُ وَالقِلَّةُ، وَعَنْهُ إِنْ بَقِيَ مَا يُمْكِنُهُ الِاعْتِلَافُ بِهِ

قوله: أَمْلَحَيْنِ مَوْجُوءَيْنِ، كبشٌ أملحٌ فيه ملحةٌ وهي بياضٌ يشوبه شعراتٌ سودٌ، وهيَ من لون الملح، والوجاء على فعال نوعٌ من الخصاء، وهو أن يضرب العروقَ بحديدةٍ ويطعنُ فيها من غير إخراج الخصيتين، يقال: كبشٌ موجوء إذا فعل به ذلك.

أَجْزَأَهُ لِحُصُولِ المَقْصُودِ. (وَالسَّكَّاءُ) وَهِيَ الَّتِي لَا أُذُنَ لَهَا خِلْقَةً لَا تَجُوزُ، لِأَنَّ مَقْطُوعَ أَكْثَرِ الأُذُنِ إِذَا كَانَ (لَا يَجُوزُ) فَعَدِيمُ الأُذُنِ أَوْلَىٰ (وَهٰذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (إِذَا كَانَتْ هٰذِهِ العُيُوبُ قَائِمَةً وَقْتَ الشِّرَاءِ، وَلَوِ اشْتَرَاهَا سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبَتْ بِعَيْبٍ مَانِعٍ إِنْ كَانَ غَنِيًّا عَلَيْهِ غَيْرُهَا، وَإِنْ فَقِيرًا تُجْزِئُهُ هٰذِهِ) لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الغَنِيِّ بِالشَّرْعِ ابْتِدَاءً لَا بِالشِّرَاءِ فَلَمْ تَتَعَيَّنْ بِهِ، وَعَلَى الفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ فَتَعَيَّنَتْ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ نُقْصَانِهِ كَمَا فِي نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَعَنْ هٰذَا الأَصْلِ قَالُوا: إِذَا مَاتَتِ المُشْتَرَاةُ لِلتَّضْحِيَةِ؛ عَلَى المُوسِرِ مَكَانَهَا أُخْرَىٰ وَلَا شَيْءَ عَلَى الفَقِيرِ، وَلَوْ ضَلَّتْ أَوْ سُرِقَتْ فَاشْتَرَىٰ أُخْرَىٰ ثُمَّ ظَهَرَتِ الأُولَىٰ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ عَلَى المُوسِرِ ذَبْحُ إِحْدَاهُمَا وَعَلَى الفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا (وَلَوْ أَضْجَعَهَا فَاضْطَرَبَتْ فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا فَذَبَحَهَا أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ، لِأَنَّ حَالَةَ الذَّبْحِ وَمُقَدِّمَاتِهِ مُلْحَقَةٌ بِالذَّبْحِ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ بِهِ اعْتِبَارًا وَحُكْمًا (وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَتْ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ فَانْفَلَتَتْ ثُمَّ أُخِذَتْ مِنْ فَوْرِهِ، وَكَذَا بَعْدَ فَوْرِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ

قوله: إِنْ كَانَ هٰذَا، يعني أن لا يكون هذا، وإن وقع نادرًا لا يجوز.

قوله: كَمَا فِي نِصَابِ الزَّكَاةِ، يعني إذا انتقص النصاب بعد الحول ينتقص الواجب بقدره، والجامع بينهما أنَّ محل الوجوب فيهما جميعًا المالُ لا الذِّمَّة، حتَّىٰ سقط الوجوبُ بِهلاك ذلك المال المعيَّن فيهما جميعًا، فكذا في النقصان ينتقص الواجب

خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدِّمَاتِ الذَّبْحِ.

قَالَ: (وَالْأُضْحِيَّةُ مِنَ الإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) لِأَنَّهَا عُرِفَتْ شَرْعًا وَلَمْ تُنْقَلِ التَّضْحِيَةُ بِغَيْرِهَا مِنَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَلَا مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

قَالَ: (وَيُجْزِئُ مِنْ ذٰلِكَ كُلِّهِ الثَّنِيُّ فَصَاعِدًا، إِلَّا الضَّأْنَ فَإِنَّ الجَذَعَ مِنْهُ يُجْزِئُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إِلَّا أَنْ يُعْسِرَ عَلَىٰ أَحَدِكُمْ فَلْيَذْبَحْ الجَذَعَ مِنَ الضَّأْنِ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نِعْمَتِ الأُضْحِيَّةُ الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ» قَالُوا: وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ عَظِيمَةً بِحَيْثُ لَوْ خُلِطَتْ بِالثُّنْيَانِ يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاظِرِ مِنْ بَعِيدٍ. وَالْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ، وَذَكَرَ الزَّعْفَرَانِيُّ أَنَّهُ ابْنُ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ. وَالثَّنِيُّ مِنْهَا وَمِنَ المَعَزِ ابْنُ سَنَةٍ، وَمِنَ البَقَرِ ابْنُ سَنَتَيْنِ،

بقدره من غير ضمانٍ.

قوله: خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، هوَ يقول: أنه لو أخذ من فوره يكون ذلك الفعل سببًا من أسْبَاب هذا الذبح باعتبار الفورِ فيلحقُ به، أمَّا إذا انقطع الفورُ فالفعل الذي حَصَل به العيبُ لا يكون سببًا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور، فصار بمنزلة ما لو حَصَلَ بفعلٍ آخر.

قوله: وَالْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ، قيَّد بمذهب الفقهاء احترازًا عن قول أهل اللغة، وفي المغرب: الجذعُ من البهائم قبل الثني، إلَّا أنه من

وَمِنَ الإِبِلِ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ، وَيَدْخُلُ فِي البَقَرِ الجَامُوسُ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ، وَالْمَوْلُودُ بَيْنَ الأَهْلِيِّ وَالْوَحْشِيِّ يَتْبَعُ الأُمَّ لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، حَتَّىٰ إِذَا نَزَا الذِّئْبُ عَلَى الشَّاةِ يُضَحَّىٰ بِالْوَلَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ سَبْعَةٌ بَقَرَةً لِيُضَحُّوا بِهَا فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ النَّحْرِ وَقَالَتِ الوَرَثَةُ اذْبَحُوهَا عَنْهُ وَعَنْكُمْ أَجْزَأَهُمْ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُ السِّتَّةِ نَصْرَانِيًّا أَوْ رَجُلًا يُرِيدُ اللَّحْمَ لَمْ يُجْزِ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) وَوَجْهُهُ أَنَّ البَقَرَةَ تَجُوزُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَلٰكِنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ الكُلِّ القُرْبَةَ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ جِهَاتُهَا كَالأُضْحِيَةِ وَالقِرَانِ وَالْمُتْعَةِ عِنْدَنَا لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ وَهُوَ القُرْبَةُ، وَقَدْ وُجِدَ هٰذَا الشَّرْطُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِأَنَّ الضَّحِيَّةَ عَنِ الغَيْرِ عُرِفَتْ قُرْبَةً؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - ضَحَّىٰ عَنْ أُمَّتِهِ عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الوَجْهِ الثَّانِي لِأَنَّ النَّصْرَانِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، وَكَذَا قَصْدُ اللَّحْمِ يُنَافِيهَا. وَإِذَا لَمْ يَقَعِ البَعْضُ قُرْبَةً وَالْإِرَاقَةُ لَا تَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ القُرْبَةِ لَمْ يَقَعِ الكُلُّ أَيْضًا فَامْتَنَعَ الجَوَازُ،

الإبل في السنة الخامسة، ومن البقر والشاة في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة، والجمع جذعان وجذاع، عن الزهري: الجذع من المعز لستَّة أشهرٍ، ومن الضَّأن لثمانية أشهرٍ.

قوله: لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، ذكر في الإيضاح: لأنَّ جانبها مرجَّح علىٰ جانب الفحل، لأنَّه يختلف فيها.

قوله: وَقَالَتِ الوَرَثَةُ، أي الكبار منهم.

وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْإِتْلَافِ فَلَا يَجُوزُ عَنْ غَيْرِهِ كَالْإِعْتَاقِ عَنِ المَيِّتِ، لٰكِنَّا نَقُولُ: القُرْبَةُ قَدْ تَقَعُ عَنِ المَيِّتِ كَالتَّصَدُّقِ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامَ الوَلَاءِ عَلَى المَيِّتِ (فَلَوْ ذَبَحُوهَا عَنْ صَغِيرٍ فِي الوَرَثَةِ أَوْ أُمِّ وَلَدٍ جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ (وَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَذَبَحَهَا البَاقُونَ بِغَيْرِ إِذْنِ الوَرَثَةِ لَا تُجْزِيهِمْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ بَعْضُهَا قُرْبَةً، وَفِيمَا تَقَدَّمَ وُجِدَ الإِذْنُ مِنَ الوَرَثَةِ فَكَانَ قُرْبَةً.

قَالَ: (وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الأُضْحِيَّةِ وَيُطْعِمُ الأَغْنِيَاءَ وَالْفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الأَضَاحِيِّ فَكُلُوا مِنْهَا وَادَّخِرُوا» وَمَتَىٰ جَازَ أَكْلُهُ وَهُوَ غَنِيٌّ جَازَ أَنْ يُؤَكِّلَهُ غَنِيًّا.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُنْقِصَ الصَّدَقَةَ عَنِ الثُّلُثِ) لِأَنَّ الجِهَاتِ ثَلَاثَةٌ: الأَكْلُ وَالِادِّخَارُ لِمَا رَوَيْنَا، وَالْإِطْعَامُ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَأَطْعِمُوا القَانِعَ

قوله: فَلَوْ ذَبَحُوهَا عَنْ صَغِيرٍ فِي الوَرَثَةِ أَوْ أُمِّ وَلَدٍ جَازَ، أي على الاستحسان، إذا كان أحد الشركاء أمَّ ولد ضحّىٰ عنها مولاها، أو صغيرٍ ضحّىٰ عنه أبوه جاز لِمَا بيّنا أنه قربةٌ ماليةٌ فيجوز عن الغير، والاختلاف أنَّه ليسَ على المالك أن يضحي عن أحد من مماليكه، فإذا تبرَّع بذلك جاز، وإذا جعل شريكًا في بدنةٍ ففيه قياسٌ واستحسانٌ.

قوله: وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الأُضْحِيَّةِ، وفي الذخيرة: إذا نَذَر ذبح شاةٍ لا يأكل منها الناذر، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل القانعُ السَّائل من التنوع لا من القناعة، والمعتر الذي يتعرَّضُ للسؤال ولا يسأل.

وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا.

قَالَ: (وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا (أَوْ يَعْمَلُ مِنْهُ آلَةً تُسْتَعْمَلُ فِي الْبَيْتِ) كَالنِّطْعِ وَالْجِرَابِ وَالْغِرْبَالِ وَنَحْوِهَا، لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهِ غَيْرُ مُحَرَّمٍ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ فِي الْبَيْتِ مَعَ بَقَائِهِ) اسْتِحْسَانًا، وَذٰلِكَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ لِلْبَدَلِ حُكْمَ الْمُبْدَلِ، (وَلَا يَشْتَرِي بِهِ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ كَالْخَلِّ وَالْأَبَازِيرِ) اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ بِالدَّرَاهِمِ. وَالْمَعْنَىٰ فِيهِ أَنَّهُ تَصَرُّفٌ عَلَىٰ قَصْدِ التَّمَوُّلِ، وَاللَّحْمُ بِمَنْزِلَةِ الجِلْدِ فِي الصَّحِيحِ، فَلَوْ بَاعَ الجِلْدَ أَوِ اللَّحْمَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِمَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ

قوله: وَذٰلِكَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا، يعني كالنطع، والجراب، والغربال، والقدر، والقصعة، لأنه لو دبغه وانتفع به في بيته يجوز، فكذا إذا اشترى به ما ينتفع به في بيته، لأنَّ للبدل حكم المبدل.

قوله: كَالْخَلِّ وَالْأَبَازِيرِ، جمع الأبزار وهو خلط القدر كالأرز والحمص وغيرهما.

قوله: وَاللَّحْمُ بِمَنْزِلَةِ الجِلْدِ فِي الصَّحِيحِ، وفي الأجناس: لو أراد بيع لحم الأضحية ليتصدَّق بثمنها ليسَ له ذلك، وليسَ له في اللحم إلا أن يطعم أو يأكل، فصار حاصل الجواب في الجلد أنه لو باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه يجوز، ولو باعه بشيءٍ لا ينتفع به إلَّا بعد ما استهلكه لا يجوز، وفي اللَّحم لا يجوز أصلًا سواءٌ باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: أنَّ الجواب في اللَّحم كالجواب في الجلد، إن باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه يجوز، وتأيَّد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالىٰ أنه لو اشترىٰ باللَّحم ثوبًا فلا بأسَ بلبسه، وهذا

اسْتِهْلَاكِهِ تَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ، لِأَنَّ القُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَىٰ بَدَلِهِ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضْحِيَّتِهِ فَلَا أُضْحِيَّةَ لَهُ» يُفِيدُ كَرَاهَةَ البَيْعِ، وَأَمَّا البَيْعُ فَجَائِزٌ لِقِيَامِ المِلْكِ وَالْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ.

قَالَ: (وَلَا يُعْطِي أُجْرَةَ الجَزَّارِ مِنَ الأُضْحِيَّةِ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - تَصَدَّقْ بِجِلَالِهَا وَخِطَامِهَا وَلَا تُعْطِ أَجْرَ الجَزَّارِ مِنْهَا شَيْئًا» وَالنَّهْيُ عَنْهُ نَهْيٌ عَنِ البَيْعِ أَيْضًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجُزَّ صُوفَ أُضْحِيَّتِهِ وَيَنْتَفِعَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَهَا) لِأَنَّهُ التَزَمَ إِقَامَةَ القُرْبَةِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ أُقِيمَتِ القُرْبَةُ بِهَا كَمَا فِي الهَدْيِ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْلُبَ لَبَنَهَا فَيَنْتَفِعَ بِهِ

هو اختيار صاحب الهداية.

قوله: لِأَنَّ القُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَىٰ بَدَلِهِ، لأنَّ معنى التموُّل سقطَ عن الأضحية، فإذا تموَّلها بالبيع وجبَ التصدُّق، كذا في الإيضاح، فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باعَ جلد الأضحية فلا أضحيةَ»، قلنا: هذا يفيدُ كراهة البيع، أمَّا البيعُ فجائزٌ لوجود الملك والقدرة على التسليم.

قوله: لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ، لأنَّ كل واحد منهما معاوضةٌ لأنه إنَّما يعطي الجزَّار بمقابلة جزره، والبيع مكروهٌ فكذا ما هو في معناه.

قوله: وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْلُبَ لَبَنَهَا فَيَنْتَفِعَ بِهِ كَمَا فِي الصُّوفِ، أي كما يكره له الانتفاع

كَمَا فِي الصُّوفِ.

قَالَ: (وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ) وَإِنْ كَانَ لَا يُحْسِنُهُ فَالْأَفْضَلُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِغَيْرِهِ، وَإِذَا اسْتَعَانَ بِغَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَهَا بِنَفْسِهِ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِفَاطِمَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - قُومِي فَاشْهَدِي أُضْحِيَّتَكِ، فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكِ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ». قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الكِتَابِيُّ) لِأَنَّهُ عَمَلٌ هُوَ قُرْبَةٌ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، فَلَوْ أَمَرَهُ فَذَبَحَ جَازَ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ، وَالْقُرْبَةُ أُقِيمَتْ بِإِنَابَتِهِ وَنِيَّتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَ الْمَجُوسِيَّ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ فَكَانَ إِفْسَادًا.

قَالَ: (وَإِذَا غَلِطَ رَجُلَانِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ الآخَرِ أَجْزَأَ

بصوفها، وهذا لأنَّ اللَّبن يتولَّد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئًا منها إلىٰ منفعة نفسه قبل أن يبلغ محلَّها، ولكنه ينضحُ ضرعها بالماء البارد حتَّىٰ ينتقصَ اللَّبنُ فلا يتأذَّىٰ به، إلَّا أنَّ هذا إنَّما ينفع إذا كان بقرب من أيَّام النحر، وأمَّا إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لأنَّه ينزل ثانيًا وثالثًا بعد ما ينتقصُ، ولكن ينبغي أن يحلبها ويتصدَّق باللبن، كالهدي إذا عطبَ قبل أن يبلغ محلَّه فإنَّ عليه أن يذبحه ويتصدَّق بلحمه، كذا في المبسوط، وذكر في الإيضاح: ومن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ من يقول بأنَّ كراهة حلب لبن الأضحية وجزِّ صوفِها في الشاة، أو في الناقة التي أوْجَبها، وليست بواجبةٍ، كالمعسر إذا اشترىٰ أضحيةً، فأمَّا الموسر إذا عيَّن الأضحية فلا بأسَ بالحلب والجزِّ، لأنَّ الوجوبَ لم يتعيَّن فيها، وإنَّما هو واجبٌ في ذمَّته ويسقطُ عنه بالذبح، فقبل الذبح صارت هذه وغيرها سواءً.

عَنْهُمَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ مَنْ ذَبَحَ أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا يَحِلُّ لَهُ ذٰلِكَ وَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا، وَلَا يُجْزِئُهُ عَنِ الأُضْحِيَّةِ فِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يَجُوزُ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الذَّابِحِ، وَهُوَ قَوْلُنَا. وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهُ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَيَضْمَنُ، كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً اشْتَرَاهَا القَصَّابُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا تَعَيَّنَتْ لِلذَّبْحِ لِتَعَيُّنِهَا لِلأُضْحِيَّةِ حَتَّىٰ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بِعَيْنِهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ. وَيُكْرَهُ أَنْ يُبْدِلَ بِهَا غَيْرَهَا فَصَارَ المَالُ مُسْتَعِينًا بِكُلِّ مَنْ يَكُونُ أَهْلًا لِلذَّبْحِ آذِنًا لَهُ دَلَالَةً لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِمُضِيِّ هٰذِهِ الأَيَّامِ، وَعَسَاهُ يَعْجَزُ عَنْ إِقَامَتِهَا بِعَوَارِضَ فَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً شَدَّ القَصَّابُ رِجْلَهَا، فَإِنْ قِيلَ: يَفُوتُهُ أَمْرٌ مُسْتَحَبٌّ وَهُوَ أَنْ يَذْبَحَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ يَشْهَدَ الذَّبْحَ فَلَا يَرْضَىٰ بِهِ. قُلْنَا: يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مُسْتَحَبَّانِ آخَرَانِ، صَيْرُورَتُهُ مُضَحِّيًا لِمَا عَيَّنَهُ، وَكَوْنُهُ مُعَجِّلًا بِهِ فَيَرْتَضِيهِ، وَلِعُلَمَائِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - مِنْ هٰذَا الجِنْسِ مَسَائِلُ اسْتِحْسَانِيَّةٌ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ طَبَخَ لَحْمَ غَيْرِهِ أَوْ طَحَنَ حِنْطَتَهُ أَوْ رَفَعَ جَرَّتَهُ فَانْكَسَرَتْ أَوْ حَمَّلَ عَلَىٰ دَابَّتِهِ فَعَطِبَتْ كُلُّ ذٰلِكَ بِغَيْرِ أَمْرِ المَالِكِ يَكُونُ ضَامِنًا، وَلَوْ وَضَعَ المَالِكُ اللَّحْمَ فِي

قوله: حَتَّىٰ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بِعَيْنِهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ، هذا في نذر الغني وشراء الفقير.

قوله: وَيُكْرَهُ أَنْ يُبْدِلَ بِهَا غَيْرَهَا، أي إذا كان غنيًّا.

القِدْرِ وَالْقِدْرُ عَلَى الكَانُونِ وَالْحَطَبُ تَحْتَهُ، أَوْ جَعَلَ الحِنْطَةَ فِي الدَّوْرَقِ وَرَبَطَ الدَّابَّةَ عَلَيْهِ، أَوْ رَفَعَ الجَرَّةَ وَأَمَالَهَا إِلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ حَمَّلَ عَلَىٰ دَابَّتِهِ فَسَقَطَ فِي الطَّرِيقِ، فَأَوْقَدَ هُوَ النَّارَ فِيهِ وَطَبَخَهُ، أَوْ سَاقَ الدَّابَّةَ فَطَحَنَهَا، أَوْ أَعَانَهُ عَلَىٰ رَفْعِ الجَرَّةِ فَانْكَسَرَتْ فِيمَا بَيْنَهُمَا، أَوْ حَمَّلَ عَلَىٰ دَابَّتِهِ مَا سَقَطَ فَعَطِبَتْ لَا يَكُونُ ضَامِنًا فِي هٰذِهِ الصُّوَرِ كُلِّهَا اسْتِحْسَانًا لِوُجُودِ الإِذْنِ دَلَالَةً. إِذَا ثَبَتَ هٰذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ: ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ صَرِيحًا فَهِيَ خِلَافِيَّةُ زُفَرَ بِعَيْنِهَا وَيَتَأَتَّىٰ فِيهَا القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَسْلُوخَةً مِنْ صَاحِبِهِ، وَلَا يُضَمِّنُهُ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ فِيمَا فَعَلَ دَلَالَةً، فَإِذَا كَانَا قَدْ أَكَلَا ثُمَّ عَلِمَا فَلْيُحَلِّلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَيُجْزِيهِمَا، لِأَنَّهُ لَوْ أَطْعَمَهُ فِي الِابْتِدَاءِ يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَكَذَا لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ فِي الِانْتِهَاءِ، وَإِنْ تَشَاحَّا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُضَمِّنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِتِلْكَ القِيمَةِ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنِ اللَّحْمِ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أُضْحِيَّتَهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ التَّضْحِيَةَ لَمَّا وَقَعَتْ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ اللَّحْمُ لَهُ وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أُضْحِيَّةِ غَيْرِهِ كَانَ الحُكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ (وَمَنْ غَصَبَ شَاةً فَضَحَّىٰ بِهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا وَجَازَ عَنْ أُضْحِيَّتِهِ) لِأَنَّهُ

قوله: الإِذْنِ دَلَالَةً، الإذن دلالةً كالإذن صريحًا، كما في شرب ماء السقاية، وذبح شاةٍ شدَّ القصاب رجلها للذبح، لأنَّ الشاة تعيَّنت للذبح لشدِّ الرِّجل فيكون راضية بالذبح

مَلَكَهَا بِسَابِقِ الغَصْبِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أُودِعَ شَاةً فَضَحَّىٰ بِهَا لِأَنَّهُ يُضَمِّنُهُ بِالذَّبْحِ فَلَمْ يَثْبُتِ المِلْكُ لَهُ إِلَّا بَعْدَ الذَّبْحِ، وَاللهُ أَعْلَمُ

* * *

دلالةً، مع أنه رُبَّما يعرض له مانع من الذَّبح، كذا هذا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: تَكَلَّمُوا فِي مَعْنَى المَكْرُوهِ. وَالْمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ نَصًّا أَنَّ كُلَّ مَكْرُوهٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا قَاطِعًا لَمْ يُطْلِقْ عَلَيْهِ لَفْظَ الحَرَامِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِلَى الحَرَامِ أَقْرَبُ، وَهُوَ يَشْتَمِلُ عَلَىٰ فُصُولٍ: مِنْهَا:

كتاب الكراهية

هيَ ضدُّ الرضا والإرادة لغةً، وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ إِلَى الحَرَامِ أَقْرَبُ، وذكر محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في المبسوط: أنَّ أبا يوسفَ قال لأبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ: إذا قلتَ في شيءٍ أكرهه فما رأيكَ فيه؟ قال: التحريم.

* * *

فَصْلٌ فِي الأَكْلِ وَالشُّرْبِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُكْرَهُ لُحُومُ الأُتُنِ وَأَلْبَانُهَا وَأَبْوَالُ الإِبِلِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بَأْسَ بِأَبْوَالِ الإِبِلِ) وَتَأْوِيلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهَا لِلتَّدَاوِي، وَقَدْ بَيَّنَّا هٰذِهِ الجُمْلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَالذَّبَائِحِ فَلَا نُعِيدُهَا، وَاللَّبَنُ مُتَوَلِّدٌ مِنَ اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالِادِّهَانُ وَالتَّطَيُّبُ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الَّذِي يَشْرَبُ فِي إِنَاءِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ «إِنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ» «وَأُتِيَ أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِشَرَابٍ فِي إِنَاءِ فِضَّةٍ فَلَمْ يَقْبَلْهُ

فصل في الأكل والشرب

قوله: يُكْرَهُ لُحُومُ الأُتُنِ وَأَلْبَانُهَا، خصَّ الأُتُن مع شمول الكراهة لحم سائر الحُمُر ليستقيم عطف الألبان عليه.

قوله: يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ، في المغرب: هذا محفوظنا من الثِّقات، بنصب الراء ومعناه: يردِّدها، من جُرجُر الفحل إذا ردَّد صوته في حُنْجَرته، وتفسير الأزهري: يُجرجر أي يحدر يعني يرسل، وكذا نقله صاحب القرنين، وأمَّا ما في الفردوس من رفع النار وتفسير يجرجر بيصوت فليس بذلك.

وَقَالَ: نَهَانَا عَنْهُ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -» ، وَإِذَا ثَبَتَ هٰذَا فِي الشُّرْبِ فَكَذَا فِي الِادِّهَانِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَلِأَنَّهُ تَشَبُّهٌ بِزِيِّ الْمُشْرِكِينَ وَتَنَعُّمٌ بِنِعَمِ الْمُتْرَفِينَ وَالْمُسْرِفِينَ، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُكْرَهُ وَمُرَادُهُ التَّحْرِيمُ وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ لِعُمُومِ النَّهْيِ، وَكَذٰلِكَ الأَكْلُ بِمِلْعَقَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالِاكْتِحَالُ بِمِيلِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَكَذَا مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ كَالْمُكْحُلَةِ وَالْمِرْآةِ وَغَيْرِهِمَا لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِاسْتِعْمَالِ آنِيَةِ الرَّصَاصِ وَالزُّجَاجِ وَالْبَلُّورِ وَالْعَقِيقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فِي التَّفَاخُرِ بِهِ. قُلْنَا: لَيْسَ كَذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ مِنْ عَادَتِهِمُ التَّفَاخُرُ بِغَيْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الشُّرْبُ فِي الإِنَاءِ المُفَضَّضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَالرُّكُوبُ عَلَى السَّرْجِ المُفَضَّضِ وَالْجُلُوسُ عَلَى الكُرْسِيِّ المُفَضَّضِ وَالسَّرِيرِ المُفَضَّضِ إِذَا كَانَ يَتَّقِي مَوْضِعَ الفِضَّةِ) وَمَعْنَاهُ: يَتَّقِي مَوْضِعَ الفَمِ، وَقِيلَ هٰذَا وَمَوْضِعُ اليَدِ فِي الأَخْذِ وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرْجِ مَوْضِعَ الجُلُوسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ ذٰلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ يُرْوَىٰ مَعَ أَبِي

قوله: فَكَذَا فِي الِادِّهَانِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ، قيل: صورة الإدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصبُّ به الدهن على الرأس، أمَّا إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثمَّ صبَّه على الرأس لا يكره، كذا ذكره صاحب الذخيرة في شرح الجامع الصغير.

قوله: وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرْجِ مَوْضِعَ الجُلُوسِ، أن يتقي موضع الجلوس، يقال: بابٌ

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيُرْوَىٰ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الإِنَاءُ المُضَبَّبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْكُرْسِيُّ المُضَبَّبُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا جَعَلَ ذٰلِكَ فِي السَّيْفِ وَالْمِشْحَذِ وَحَلْقَةِ المَرْأَةِ، أَوْ جَعَلَ المُصْحَفَ مُذَهَّبًا أَوْ مُفَضَّضًا، وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي اللِّجَامِ وَالرِّكَابِ وَالثَّفْرِ إِذَا كَانَ مُفَضَّضًا، وَكَذَا الثَّوْبُ فِيهِ كِتَابَةٌ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ عَلَىٰ هٰذَا، وَهٰذَا الِاخْتِلَافُ فِيمَا يَخْلُصُ، فَأَمَّا التَّمْوِيهُ الَّذِي لَا يَخْلُصُ فَلَا بَأْسَ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ مُسْتَعْمِلَ جُزْءٍ مِنَ الإِنَاءِ مُسْتَعْمِلَ جَمِيعِ الأَجْزَاءِ فَيُكْرَهُ، كَمَا إِذَا اسْتَعْمَلَ مَوْضِعَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ ذٰلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ فَلَا يُكْرَهُ. كَالْجُبَّةِ المَكْفُوفَةِ

مُضبَّبٌ أي مشدودٌ بالضباب، وهي الحديدة العريضة التي يضرب بها، ومنه ضبَّ أسْنانه بالقوة إذا شدَّدها بها، كذا في المغرب، وفي الذخيرة: الضبَّة الذهب العريض، أو القوَّةُ العريضة تجعل علىٰ وجه الباب، وما أشبهَ ذلك، المراد بحلقة المرأة التي تكون حوالي المرأة، لا ما يأخذ من المرأة بيدها فإنَّ ذلك مكروهٌ بالاتِّفاق.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ ذٰلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ، وحُكيَ أنَّ هذه المسألة وُضعت في دار أبي جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وأئمَّة عصره، فقالت الأئمَّةُ: يكره، فقيل لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ما تقول؟ قال: إن وَضَع فمه على الفضة يكره، وإلَّا لا، فقيل له: ما الحجة؟ فقال: أرأيتَ لو كان في الإصبع خاتمُ فضَّةٍ فشرب من كفِّه أَ يكره؟ فوقف كلهم وتعجَّب أبو جعفر، يقال: ثوبٌ مكفوفٌ، لِمَا كفَّ جيبه وأطرافَ كُمَّيه بشيءٍ من الديباج، وقد صحَّ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام لَبِس جبَّةً أطرافها من الديباج.

بِالْحَرِيرِ وَالْعَلَمِ فِي الثَّوْبِ وَمِسْمَارِ الذَّهَبِ فِي الفَصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا أَوْ خَادِمًا فَاشْتَرَىٰ لَحْمًا فَقَالَ اشْتَرَيْتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ وَسِعَهُ أَكْلُهُ) ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الكَافِرِ مَقْبُولٌ فِي المُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ صَحِيحٌ لِصُدُورِهِ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ يُعْتَقَدُ فِيهِ حُرْمَةُ الكَذِبِ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَىٰ قَبُولِهِ لِكَثْرَةِ وُقُوعِ المُعَامَلَاتِ (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذٰلِكَ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ ذَبِيحَةَ غَيْرِ الكِتَابِيِّ وَالْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الحِلِّ أَوْلَىٰ أَنْ يُقْبَلَ فِي الحُرْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُقْبَلَ فِي الهَدِيَّةِ وَالْإِذْنِ قَوْلُ العَبْدِ وَالْجَارِيَةِ وَالصَّبِيِّ) ؛ لِأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَىٰ أَيْدِي هٰؤُلَاءِ، وَكَذَا لَا يُمْكِنُهُمُ اسْتِصْحَابُ

قوله: وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا أَوْ خَادِمًا فَاشْتَرَىٰ لَحْمًا فَقَالَ اشْتَرَيْتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ وَسِعَهُ أَكْلُهُ، ولا يقال: كان ينبغي أن لا يقبل قوله، لأنه إخبار بأنَّ هذا اللحم حلالٌ والحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل في الديانات إلا قولُ العدل والمجوسيّ ليس بعدلٍ؟ لأنا نقول: إنه إخبارٌ بالشراء من يهوديٍّ أو نصرانِيٍّ أو مسلمٍ وإنه من المعاملات وإنَّما يثبت الحل في ضمنه، وكذلك لو قال: اشتريتُه من غيرهم، إثبات الحرمة فيه ضمني، فلمَّا قبل قوله في الشراء يثبت ما في ضمنه لأنه كم من شيءٍ يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، كوقف المنقول ضمنًا بغير المنقول، وكبيع الشرب وغيره.

قوله: فِي الهَدِيَّةِ وَالْإِذْنِ، أي في التجارة.

الشُّهُودِ عَلَى الإِذْنِ عِنْدَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ وَالْمُبَايَعَةِ فِي السُّوقِ، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا قَالَتْ جَارِيَةٌ لِرَجُلٍ بَعَثَنِي مَوْلَايَ إِلَيْكَ هَدِيَّةً وَسِعَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا أَخْبَرَتْ بِإِهْدَاءِ المَوْلَىٰ غَيْرَهَا أَوْ نَفْسَهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِي المُعَامَلَاتِ قَوْلُ الفَاسِقِ، وَلَا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ العَدْلِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ المُعَامَلَاتِ يَكْثُرُ وُجُودُهَا فِيمَا بَيْنَ أَجْنَاسِ النَّاسِ، فَلَوْ شَرَطْنَا شَرْطًا زَائِدًا يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ فَيُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهَا عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا كَافِرًا أَوْ مُسْلِمًا عَبْدًا أَوْ حُرًّا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَىٰ دَفْعًا لِلْحَرَجِ. أَمَّا الدِّيَانَاتُ فَلَا يَكْثُرُ وُقُوعُهَا حَسَبَ وُقُوعِ المُعَامَلَاتِ فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهَا زِيَادَةَ شَرْطٍ، فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا إِلَّا قَوْلُ المُسْلِمِ العَدْلِ؛ لِأَنَّ الفَاسِقَ مُتَّهَمٌ وَالْكَافِرَ لَا يَلْتَزِمُ الحُكْمَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ المُسْلِمَ، بِخِلَافِ المُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّ الكَافِرَ لَا يُمْكِنُهُ المَقَامُ فِي دِيَارِنَا إِلَّا بِالْمُعَامَلَةِ. وَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُ المُعَامَلَةُ إِلَّا بَعْدَ قَبُولِ قَوْلِهِ فِيهَا فَكَانَ فِيهِ ضَرُورَةً، وَلَا يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ المَسْتُورِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَىٰ أَيْدِي هٰؤُلَاءِ.

قوله: وَلَا يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ المَسْتُورِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وهو الذي لم تعلم عدالته ولا فسقه.

جَرْيًا عَلَىٰ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ القَضَاءُ بِهِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ هُوَ وَالْفَاسِقُ فِيهِ سَوَاءٌ حَتَّىٰ يُعْتَبَرَ فِيهِمَا أَكْبَرُ الرَّأْيِ.

قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ العَبْدِ وَالْحُرِّ وَالْأَمَةِ إِذَا كَانُوا عُدُولًا) ؛ لِأَنَّ عِنْدَ العَدَالَةِ الصِّدْقُ رَاجِحٌ وَالقَبُولُ لِرُجْحَانِهِ. فَمِنْ المُعَامَلَاتِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمِنْهَا التَّوْكِيلُ. وَمِنَ الدِّيَانَاتِ الإِخْبَارُ بِنَجَاسَةِ المَاءِ حَتَّىٰ إِذَا أَخْبَرَهُ مُسْلِمٌ مَرْضِيٌّ لَمْ يَتَوَضَّأْ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ، وَلَوْ كَانَ المُخْبِرُ فَاسِقًا أَوْ مَسْتُورًا تَحَرَّىٰ، فَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ يَتَيَمَّمُ وَلَا يَتَوَضَّأُ بِهِ، وَإِنْ أَرَاقَ المَاءَ ثُمَّ تَيَمَّمَ كَانَ أَحْوَطَ، وَمَعَ العَدَالَةِ يَسْقُطُ احْتِمَالُ الكَذِبِ فَلَا مَعْنَىٰ لِلِاحْتِيَاطِ بِالْإِرَاقَةِ، أَمَّا التَّحَرِّي فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ. وَلَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلَا يَتَيَمَّمُ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الكَذِبِ بِالتَّحَرِّي، وَهٰذَا جَوَابُ الحُكْمِ. فَأَمَّا فِي الِاحْتِيَاطِ فَيَتَيَمَّمُ بَعْدَ الوُضُوءِ

قوله: جَرْيًا عَلَىٰ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ القَضَاءُ بِهِ، أي يقتصر الحاكم علىٰ ظاهر العدالة في الشاهد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إذا لم يطعن الخصمَ، والصحيح أنَّ المستور كالفاسق لا يكون خبره حجَّةً حتى تظهر عدالته.

قوله: وَمَعَ العَدَالَةِ يَسْقُطُ احْتِمَالُ الكَذِبِ، يعني إذا أخبَره عدلٌ بنجاسة الماء يتيمَّم من غير إراقة الماء لسقوط احتمال الكذب مع العدالة، وأمَّا التحري فمجرَّد ظنٌّ فيحتاط بالإراقة إن وَقَعَ في قلبه أنه صادقٌ في إخباره بنجاسة الماء، وَلَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلَا يَتَيَمَّمُ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الكَذِبِ بِالتَّحَرِّي، وَهٰذَا جَوَابُ الحُكْمِ. فَأَمَّا فِي

لِمَا قُلْنَا. وَمِنْهَا الحِلُّ وَالْحُرْمَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَوَالُ المِلْكِ،

الِاحْتِيَاطِ فَيَتَيَمَّمُ بَعْدَ الوُضُوءِ.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ قوله: لأنَّ التحري مجرَّد ظنٍّ فكان فيه احتمال الخطأ، وإن لم يترجَّح أحد الجانبين فالأصل هو الطهارة.

قوله: وَمِنْهَا الحِلُّ وَالْحُرْمَةُ - أي من باب الديانات الحلُّ والحرمة - إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَوَالُ المِلْكِ، أي يقبل خبر الواحد العدل في الحلِّ والحرمة إذا لم يكن فيما أخبره بالحرمة متضمنًا زوال الملك، أمَّا إذا تضمنه فلا يقبل في الحرمة، وفي فتاوىٰ قاضي خان: رجلٌ تزوَّج امرأة فأخبَره مسلمٌ ثقة أو رجلٌ أو امرأةٌ أنَّهما ارتضعا من امرأةٍ واحدةٍ، قال في الكتاب: أحبُّ إليَّ أن يتنزه ويُطَلِّقها ويعطيها نصف المهر إن لم يكن دخل بِها، ولا تثبت الحرمة بخبَر الواحد عندنا ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان، وعلىٰ قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ تثبت حرمة الرضاع بشهادة الأربع من النساء، وإنَّما يتنزَّه احتياطًا لمكان حرمة الوطء فيطلقها كيلا تبقىٰ معلقةً، فإن لم يكن يطلقها ولم يتنزَّه وسعه ذلك، لأنَّ ملك النكاح لا يبطل بِهذه الشهادة، ولو أنَّ مسلمًا اشترىٰ لحمًا وقبضه فأخبَره مسلمٌ ثقةٌ أنه ذبيحة المجوسي فإنه لا ينبغي للمشتري أن يأكل ولا أن يطعم غيره، لأنَّ المخبِر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك وحرمة العين حق الله تعالىٰ فيثبت بخبر الواحد، وأمَّا بطلان الملك لا يثبت بخبَر الواحد، وليسَ من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك، بخلاف ما تقدَّم، لأنَّ بقاء النكاح لا يتصوَّر مع ثبوت الحرمة المؤبَّدة، فإذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت الحرمة، وإذا ثبتت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكنه الردُّ علىٰ بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع إذا لم يبطل البيع، ولو أنَّ رجلًا اشترىٰ جاريةً أو طعامًا أو ورثه ميراثًا أو بسببٍ آخر فلمَّا قبضه أخبَره ثقة أنَّ هذا لفلان ابن فلان غصبه منه البائع أو الواهب أو المورث يستحبُّ له التنزه عن ذلك، وإن لم يتنزَّه

وَفِيهَا تَفَاصِيلُ وَتَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي.

فهو في سعةٍ، بخلاف ما لو أخبَره أنه ذبيحة مجوسيٍّ يكره أكله ولا يسعه لأنَّ المشهود به ثمَّة حقُّ الله تعالىٰ لا حقُّ العبد، حتَّىٰ لا تزول الحرمة بإباحة العبد، فيثبتُ بقول الواحد لأنه حجةٌ في الديانات، أمَّا الحرمة هنا لحقِّ العباد، وشهادة الفرد غيرُ مقبولٍ فيها، كما في النكاح، كذا في المبسوط.

قوله: وَفِيهَا تَفَاصِيلُ وَتَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي، ذكر صاحب المحيط رحمه الله تعالىٰ: أن رجلًا دخل علىٰ قوم من المسلمين كانوا يأكلون اللحم ويشربون الشراب فدعوه إليهم، فقال له مسلم غير الآكلين ثقة قد عرفه: هذا اللحم ذبيحة المجوسي وهذا الشراب قد خالطه خمرٌ، فقال الذين دعوه إلىٰ ذلك: ليسَ الأمر كما قال بل هو حلالٌ، فإنه ينظر في حالهم، فإن كانوا عدولًا لا يلتفت إلىٰ قول المخبر بالحرمة، لأنَّ خبر الواحد لا يعارض الجماعة، فإنَّ خبر الجماعة حجَّةٌ في الديانات والأحكام، وخبر الواحد ليسَ بحجَّةٍ في الأحكام، ولأنَّ الظاهر من حال المسلمين التحرُّز عن ذبيحة المجوسيِّ وعمَّا خالطه الخمر، فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبرًا مستنكرًا فلا يقبل، وإن كانوا متهمين فإنه يأخذ بقول ذلك الواحد، ولا يسعه أن يتناولَ شيئًا من ذلك، لأنَّ خبر الواحد باعتبار حاله مستقيمٌ صالحٌ ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به لفسقهم، ولو كان في القوم رجلان ثقتان يأخذ بقولهما، لأنَّ الحجَّة في الأحكام تتمُّ بخبر المثنَّىٰ فلا يعارض خبرهما خبر الواحد، وإن كان فيهم واحدٌ ثقةٌ يعمل فيها بأكبَر رأيه، فإن لم يكن فيه رأيٌ واستوى الحالان عنده فلا بأسَ بأن يأكل ويشرب ويتوضَّأ، والمصير إلىٰ غالب الرأي للمعارضة بين الخبرين، وعند المعارضة لا بدَّ من مرجِّحٍ لأحد الجانبين، وغالب الرأي يصلح أن يكون دليلًا للعمل في بعض المواضع فلَأَن يصلح مرجِّحًا أوْلىٰ، وإن لم يكن له رأيٌ يتمسَّك بأصل الطهارة، فإن أخبَره بأحد الأمرين مملوكان ثقَتان يأخذ بقولهما لاستواء الحرِّ والعبد في الخبَر الديني، ولا تتحقَّق المعارضة بين الواحد والمثنَّىٰ في الخبر،

قَالَ: (وَمَنْ دُعِيَ إِلَىٰ وَلِيمَةٍ أَوْ طَعَامٍ فَوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِبًا أَوْ غِنَاءً فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَقْعُدَ وَيَأْكُلَ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: اُبْتُلِيتُ بِهٰذَا مَرَّةً فَصَبَرْتُ. وَهٰذَا لِأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ سُنَّةٌ. قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَىٰ أَبَا القَاسِمِ» فَلَا يَتْرُكُهَا لِمَا اقْتَرَنَ بِهَا مِنَ البِدْعَةِ مِنْ غَيْرِهِ، كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَاجِبَةُ الإِقَامَةِ وَإِنْ

لأنه يحصل من طمأنينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد، ولو أخبره بأحد الأمرين عبدٌ ثقَّة عملَ فيه بأكبَر الرأي، لأنَّ الحجة لا تتمُّ من طريق الحكم بخبرِ واحدٍ، ومن حيث الدين خبر الحرِّ والمملوك سواءٌ فتتحقَّق المعارضة بين الخبرين فيُصار إلى الترجيح بأكبر الرأي، وإن أخبَره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان وبالأمر الآخر حرَّان ثقتان يأخذ بقول الحرَّين، لأنَّ الحجةَ تتمُّ بقول المملوكين فعند التعارض يتَرجَّحُ قول الحرَّين، وإن أخبره بأحد الأمرين ثلاثة أعبد ثقات وبالأمر الآخر مملوكان ثقتان يأخذ بقول العبيد، وكذلك إن أخبره بأحد الأمرين رجلٌ وامرأتان وبالأمر الآخر رجلان يأخذ بقول رجلٍ وامرأتين، فالحاصلُ في جنس هذه المسائل أنَّ خبر المملوك والحرِّ في الأمر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة، فيطلب التَّرجيحَ أوَّلًا من حيث العدد، فإذا استوى العدد يطلب الترجيح من حيث التحرُّك، فعلىٰ هذا إذا كان المخبِرُ بأحد الأمرين أربعةً من الأحرار والمخبِر بالأمر الآخر حُرَّين يُؤخذ بقول الأربع.

قوله: لِأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ سُنَّةٌ - إلىٰ قوله - كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَاجِبَةُ الإِقَامَةِ، فإن قيل: كيفَ قاسَ السُّنةَ بالواجب في الإقامة عند اقتِران المعصية بِها، وللواجب قوَّةٌ ليست للسنة؟ قلنا: هذه سنةٌ وَرَدَ الوعيد علىٰ تاركها، علىٰ ما قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يجب الدعوةَ فقد عصىٰ أبا القاسم» فكانت في قوَّة الواجب فيثبتُ الحكم حينئذٍ فيها علىٰ حسب ما يثبت في الواجب.

حَضَرَتْهَا نِيَاحَةٌ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَى المَنْعِ مَنَعَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ يَصْبِرْ، وَهٰذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًىٰ بِهِ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدًىٰ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ مَنْعِهِمْ يَخْرُجُ وَلَا يَقْعُدُ؛ لِأَنَّ فِي ذٰلِكَ شَينُ الدِّينِ وَفَتْحُ بَابِ المَعْصِيَةِ عَلَى المُسْلِمِينَ، وَالْمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الكِتَابِ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُقْتَدًىٰ بِهِ، وَلَوْ كَانَ ذٰلِكَ عَلَى المَائِدَةِ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْعُدَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًىٰ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَىٰ مَعَ القَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨] وَهٰذَا كُلُّهُ بَعْدَ الحُضُورِ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الحُضُورِ لَا يَحْضُرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَقُّ الدَّعْوَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَجَمَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ، وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ المَلَاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَقُّ الدَّعْوَةِ، لأنَّ إجابة الدعوة إنَّما تلزم إذا كانت الدعوة علىٰ وجه السنة، هذا إذا كانوا لا يتركون بحضوره، وإن كانوا يتركون احتشامًا له واحترامًا له يحضر، لأنَّ حضوره يكون من باب النهي عن المنكر.

قوله: وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ المَلَاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ، لأنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ أطلقَ اسم اللعب والغناء بقوله: فوجد ثمَّة اللعب والغناء، فاللعب وهو اللهو حرامٌ بالنصِّ، قال عليه الصلاة والسلام: «لهو المؤمن باطلٌ إلَّا في ثلاثٍ تأديبه فرسه» وفي رواية: «ملاعبته بفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»، وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلاث فكان باطلًا، ثمَّ الكلام في الغناء، قال بعضهم: دلَّت المسألة علىٰ أنَّ مجرَّد الغناء والاستماع إليه معصيةٌ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «استماع الملاهي معصيةٌ، والجلوس عليها فسقٌ، والتلذُّذُ بها من الكفر» إنَّما قال ذلك على سبيل التشديد، وإن سمع بغتةً فلا

حَتَّى التَّغَنِّي بِضَرْبِ القَضِيبِ. وَكَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أُبْتُلِيت، لِأَنَّ الِابْتِلَاءَ بِالْمُحَرَّمِ يَكُونُ.

إثمَ عليه ويجبُ عليه أن يجتهد كل الجهد حتَّىٰ لا يسمع، وقد قال ابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه: أنَّ صوت اللهو والغناء ينبتُ النفاق في القلب كما ينبتُ النباتُ بالماء، وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: استماع القرآن بالألحان معصيةٌ، والتالي والسَّامع آثمان، ومنهم قال: إذا كان وحده فيغني لدفع الوحشة من نفسه فلا بأس، وبه أخَذَ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: حَتَّى التَّغَنِّي بِضَرْبِ القَضِيبِ، عنىٰ به خشب الحارس، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي اللُّبْسِ

قَالَ: (لَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الحَرِيرِ وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ) ؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ وَقَالَ: إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ» وَإِنَّمَا حَلَّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا رَوَاهُ عِدَّةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - مِنْهُمْ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - خَرَجَ وَبِإِحْدَىٰ يَدَيْهِ حَرِيرٌ وَبِالْأُخْرَىٰ ذَهَبٌ وَقَالَ: هٰذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَىٰ ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ لِإِنَاثِهِمْ»

فصل في اللُّبس

قوله: وَإِنَّمَا حَلَّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ، قال بعض الفقهاء: حرامٌ عليهنَّ لعموم النهي.

قوله: وَهُوَ مَا رَوَاهُ عِدَّةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، مِنْهُمْ عَلِيٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وأبو موسىٰ وعبد الله بن عُمر وعُقبة بن عامر رضي الله تعالىٰ عنهم - أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ وَبِإِحْدَىٰ يَدَيْهِ حَرِيرٌ وَبِالْأُخْرَىٰ ذَهَبٌ وَقَالَ: هٰذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَىٰ ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ لِإِنَاثِهِمْ، أي هذان جنسان محرمان، فثبوت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة، وفي غيره من جنسه بطريق الدلالة، فإن قيل: المحرم والمبيح إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخِّرًا كيلا يلزم النسخ مرتين فكيف يجعل المبيح هنا متأخِّرًا وهو قوله صلى الله عليه

وَيُرْوَىٰ «حِلٌّ لِإِنَاثِهِمْ» (إِلَّا أَنَّ القَلِيلَ عَفْوٌ وَهُوَ مِقْدَارُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعَ أَوْ أَرْبَعَةٍ كَالْأَعْلَامِ وَالْمَكْفُوفِ بِالْحَرِيرِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ إِلَّا مَوْضِعَ إِصْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ» أَرَادَ الأَعْلَامَ. وَعَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ كَانَ يَلْبَسُ جُبَّةً مَكْفُوفَةً بِالْحَرِيرِ».

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِتَوَسُّدِهِ وَالنَّوْمِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُكْرَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ وَغَيْرُهُ مِنَ المَشَايِخِ، وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي سِتْرِ الحَرِيرِ وَتَعْلِيقِهِ عَلَى الأَبْوَابِ ....

وسلم: «حِلٌّ لِإِنَاثِهِمْ» ونَهى النبي عليه الصلاة والسلام عن لبس الحرير مطلقًا متقدِّمًا؟ قلنا: قوله: إنَّما يلبسه، يحتمل أن يكون بيانًا لقوله: محرمًا علىٰ ذكور أمتي، لأنَّ هذا وعيدٌ لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلًا للنسخ، ولأنَّ هذا الحديث نصٌّ لبيان التفرقة في حق الحلِّ والحرمة للذكور والإناث وقوله: إنما يلبسه من لا خلاقَ له في الآخرة، لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام، فكانا كالظاهر والنصِّ، والنصُّ راجحٌ على الظَّاهر، أو نقول: الدليل دلَّ علىٰ أنَّ مقتضى الحل للإناث متأخر وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلىٰ يومنا هذا من غير نكيرٍ، وهذا آية قاطعةٌ علىٰ تأخيره.

قوله: مِقْدَارُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعَ أَوْ أَرْبَعَةٍ، أي مضمومةٍ لا منشورةٍ، وفي السير الكبير: أن العلم حلالٌ مطلقًا سواء كان صغيرًا أو كبيرًا، ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي.

قوله: وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي سِتْرِ الحَرِيرِ، أي في تعليقه على الجدار.

لَهُمَا العُمُومَاتُ، وَلِأَنَّهُ مِنْ زِيِّ الأَكَاسِرَةِ وَالْجَبَابِرَةِ وَالتَّشَبُّهُ بِهِمْ حَرَامٌ. وَقَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِيَّاكُمْ وَزِيَّ الأَعَاجِمِ. وَلَهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَلَسَ عَلَىٰ مِرْفَقَةِ حَرِيرٍ» ، وَقَدْ كَانَ عَلَىٰ بِسَاطِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - مِرْفَقَةُ حَرِيرٍ، وَلِأَنَّ القَلِيلَ مِنَ المَلْبُوسِ مُبَاحٌ كَالْأَعْلَامِ فَكَذَا القَلِيلَ مِنَ اللُّبْسِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُوذَجًا عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ عِنْدَهُمَا) لِمَا رَوَىٰ الشَّعْبِيُّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَخَّصَ فِي لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ» وَلِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً فَإِنَّ الخَالِصَ مِنْهُ أَدْفَعُ لِمَعَرَّةِ السِّلَاحِ

قوله: لَهُمَا العُمُومَاتُ، وهي «هذان مُحَرّمان» الحديث، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لَأن أتكئَ علىٰ جمرة الغضا أحبُّ إليَّ من أن أتكئَ علىٰ مرفقةِ حرير» وعن علي رضي الله تعالىٰ عنه أنه أتىٰ بدابة علىٰ سرجها حرير فقال: «هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة».

قوله: وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُوذَجًا، أي يعلم بهذا المقدار ما وَعَد له في الآخرة، فإن قيل: الجلوسُ على كرسي الفضَّة لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حلَّ القليل منه وهو لبس الخاتم؟ قلنا: ما أطلقنا القليل إلا ليكون نموذجًا، فإذا انقلب مقصودًا بقي حرامًا كالخمر، وهذا لأنَّ الحرير لباسُ أهل الجنة، قال الله تعالىٰ: ﴿ وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ ﴿٢٣﴾ ﴾ [الحج: ٢٣] فوجب إطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون نموذجًا إلىٰ ذلك الكثير الكامل، فأمَّا الفضة فلا تكون لباسًا في الدار الآخرة، وإنَّما يكون منها الكرسيُّ ونحوه، فلو أطلقناه لصار عينها مطلقًا وعينُ الشيءِ لا يصلح نموذجًا.

وَأَهْيَبُ فِي عَيْنِ العَدُوِّ لِبَرِيقِهِ (وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) ؛ لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَالضَّرُورَةُ انْدَفَعَتْ بِالْمَخْلُوطِ وَهُوَ الَّذِي لُحْمَتُهُ حَرِيرٌ وَسَدَّاهُ غَيْرُ ذٰلِكَ، وَالْمَحْظُورُ لَا يُسْتَبَاحُ إِلَّا لِضَرُورَةٍ. وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى المَخْلُوطِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ مَا سَدَّاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ غَيْرُ حَرِيرٍ كَالْقُطْنِ وَالْخَزِّ فِي الحَرْبِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - كَانُوا يَلْبَسُونَ الخَزَّ، وَالْخَزُّ مُسْدًى بِالْحَرِيرِ، وَلِأَنَّ الثَّوْبَ إِنَّمَا يَصِيرُ ثَوْبًا بِالنَّسْجِ وَالنَّسْجُ بِاللُّحْمَةِ فَكَانَتْ هِيَ المُعْتَبَرَةُ دُونَ السَّدَىٰ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَكْرَهُ ثَوْبَ القَزِّ يَكُونُ بَيْنَ الفَرْوِ وَالظِّهَارَةِ، وَلَا أَرَىٰ بِحَشْوِ القَزِّ بَأْسًا؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ مَلْبُوسٌ وَالْحَشْوَ غَيْرُ مَلْبُوسٍ.

قوله: وَالْخَزُّ مُسْدًى بِالْحَرِيرِ، يريدُ به أنَّ الخزَّ اسمٌ لثوب سداه حريرٌ ولحمته صوف حيوان يكون في الماء.

قوله: فَكَانَتْ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ السَّدَىٰ، لِمَا عُرف أنَّ العبرة في الحكم لآخر وصفي العلة، وقيل: إنَّما الاعتبار للسدي لأنه يصير مستورًا باللحمة، وهذا التعليلُ منقولٌ عن الشيخ أبي منصور رحمه الله تعالىٰ، وعلىٰ هذا يكره لبس العتابيِّ لأنَّ السدىٰ لا يستر فيه باللحمة، كذا في الإيضاح وجامع المحبوبي، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: أَكْرَهُ ثَوْبَ القَزِّ يَكُونُ بَيْنَ الفَرْوِ وَالظِّهَارَةِ، وَلَا أَرَىٰ بِحَشْوِ القَزِّ بَأْسًا؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ - إذا كان بين الثوبين فهو - مَلْبُوسٌ، ولبس الحرير لا يجوز للرجال، فأمَّا الحشو فليسَ بملبوسٍ فلا يُكره.

قَالَ: (وَمَا كَانَ لُحْمَتُهُ حَرِيرًا وَسَدَاهُ غَيْرَ حَرِيرٍ لَا بَأْسَ بِهِ فِي الحَرْبِ) لِلضَّرُورَةِ (وَيُكْرَهُ فِي غَيْرِهِ) لِانْعِدَامِهَا، وَالِاعْتِبَارُ لِلُّحْمَةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلَا بِالْفِضَّةِ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَاهُ (إِلَّا بِالْخَاتَمِ وَالْمِنْطَقَةِ وَحِلْيَةِ السَّيْفِ مِنَ الفِضَّةِ) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى النَّمُوذَجِ، وَالْفِضَّةُ أَغْنَتْ عَنِ الذَّهَبِ إِذْ هُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، كَيْفَ وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذٰلِكَ آثَارٌ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا يَتَخَتَّمُ إِلَّا

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «هٰذَانِ مُحَرَّمانِ عَلىٰ ذُكُورِ أُمَّتي».

قوله: إِلَّا بِالْخَاتَمِ، هذا إذا لم يرد به التزيُّن، وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ: وإن تختَّم بالفضَّة قالوا إن قصد به التجبُّر يكره، وإن قصد به الختم ونحوه لا يكره.

قوله: وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذٰلِكَ آثَارٌ، أي في إباحة التختُّم بخاتم الفضة آثارٌ، وهو ما رُوِي أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلَّم خاتم فضَّةٍ وفصُّه منه، ونقشه «محمد رسول الله» محمد سطرٌ، ورسول سطرٌ، والله سطرٌ، وعن معاذٍ رضي الله تعالىٰ عنه أنه كان له صلى الله عليه وسلَّم خاتمٌ من فضة ونقشه «محمد رسول الله» فقال له النبي صلى الله عليه وسلَّم: ما نقش خاتمك يا معاذ؟ فقال: محمد رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: آمن كل شيءٍ من معاذ حتَّىٰ خاتمه، ثمَّ استوهبه النبيُّ عليه الصلاة والسلام من معاذ فوهبه منه، فكان في يده عليه الصلاة والسلام إلىٰ أن توفي، ثمَّ كان في يد أبي بكر رضي الله تعالىٰ عنه إلىٰ أن توفي، ثمَّ كان في يد عُمر رضي الله تعالىٰ عنه إلىٰ أن توفي، ثمَّ كان في يد عُثمان رضي الله تعالىٰ عنه حتَّىٰ وقع من يده في البئر فأنْفَق مالًا عظيمًا في طلبه ولم يجده، ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم في البئر، ومنها ما رُوي أنَّ نعمان بن بشير دخلَ على النبيِّ عليه الصلاة والسلام وعليه خاتم ذهبٍ فقال صلى الله عليه وسلَّم: ما لكَ تختَّمْتَ

بِالْفِضَّةِ، وَهٰذَا نَصٌّ عَلَىٰ أَنَّ التَّخَتُّمَ بِالْحَجَرِ وَالْحَدِيدِ وَالصُّفْرِ حَرَامٌ. «وَرَأَىٰ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَىٰ رَجُلٍ خَاتَمَ صُفْرٍ فَقَالَ: مَالِي أَجِدُ مِنْكَ رَائِحَةَ الأَصْنَامِ. وَرَأَىٰ عَلَىٰ آخَرِ خَاتَمَ حَدِيدٍ فَقَالَ: مَالِي أَرَىٰ عَلَيْكَ حِلْيَةَ أَهْلِ النَّارِ» وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ الحَجَرَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ يَشْبُ؛ ....

بخاتم أهل الجنة قبل أن تدخلها؟ فقد حذره عليه الصلاة والسلام الدخولَ تحت قوله تعالىٰ: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأحقاف: ٢٠] فنزع ذلك ودخل وعليه خاتمُ حديدٍ فقال: ما لي أرىٰ عليك حلية أهل النار، فتركه ثمَّ دخل ومعه خاتم صفرٍ، فقال عليه الصلاة والسلام: إني لأجد منك ريح الأصنام، فقال: بمَ أختتم يا رسول الله؟ فقال: بالفضة ولا تزده علىٰ مثقالٍ واجعله في يمينكَ، ثم صار الأفضل جعله في اليسار لأنَّ ذلك صار من علامة أهل البغي ويجعل الفصَّ إلىٰ باطن كفِّه، هكذا رُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، بخلاف النساء لأنَّهن يلبسن للتزيين، وقال بعض الناس: لا بأسَ بالتختم بالذَّهب لِمَا روى البراء بن عازب أنه لَبِس خاتم ذهبٍ وقال: كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: اِلبسْ ما كساك الله ورسوله، ولأنَّ النهي عن استعمال الفضة والذهب سواءٌ، فلمَّا حلَّ التحلي بالفضَّة لقلّته ولكونه نموذجًا وجُعِل كالعلَم في الثوب فكذا في الآخر، ولنا ما رُويَ عن عليٍّ وابن مسعودٍ وأبى هريرة رضي الله تعالىٰ عنهم أنه عليه الصلاة والسلام نَهىٰ عن ذلك، ولأنَّ الأصل هو التحريم، والإباحة ضرورة الختم والنموذج وقد زالت بالفضَّة لأنَّهما من جنسٍ واحد فبقى الذهب علىٰ حكم التحريم، وما رواه منسوخٌ، أو تأويله أن يكون فصُّه مركبةً بالذهب أو مذهّبًا، وإنما العبرة بالحلقة فإليها يكون النسبة في الحكم والشريعة وقوام الخاتم بِها، ولا معتبر بالفصِّ حتى يجوز أن يكون من حجرٍ.

قوله: وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ الحَجَرَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ يَشْبُ، وإليه مالَ شمس الأئمة

لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَجَرٍ، إِذْ لَيْسَ لَهُ ثِقَلُ الحَجَرِ، وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَىٰ تَحْرِيمِهِ (وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ عَلَىٰ الرِّجَالِ حَرَامٌ) لِمَا رَوَيْنَا. وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ التَّخَتُّمِ بِالذَّهَبِ» وَلِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ، وَالْإِبَاحَةُ ضَرُورَةُ الخَتْمِ أَوِ النَّمُوذَجِ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالْأَدْنَىٰ وَهُوَ الفِضَّةُ، وَالْحَلْقَةُ هِيَ المُعْتَبَرَةُ؛ لِأَنَّ قِوَامَ الخَاتَمِ بِهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْفَصِّ حَتَّىٰ يَجُوزَ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَجَرٍ وَيَجْعَلَ الفَصَّ إِلَىٰ بَاطِنِ كَفِّهِ بِخِلَافِ النِّسْوَانِ؛ لِأَنَّهُ تَزَيُّنٌ فِي حَقِّهِنَّ، وَإِنَّمَا يَتَخَتَّمُ القَاضِي وَالسُّلْطَانُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الخَتْمِ، وَأَمَّا غَيْرُهُمَا فَالْأَفْضَلُ أَنْ يَتْرُكَهُ لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِمِسْمَارِ الذَّهَبِ يُجْعَلُ فِي حَجَرِ الفَصِّ) أَيْ فِي ثُقْبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ كَالْعَلَمِ فِي الثَّوْبِ فَلَا يُعَدُّ لَابِسًا لَهُ.

قَالَ: (وَلَا تُشَدُّ الأَسْنَانُ بِالذَّهَبِ وَتُشَدُّ بِالْفِضَّةِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا بَأْسَ بِالذَّهَبِ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ

السرخسي رحمه الله تعالىٰ فإنه قال: والأصحُّ أنه لا بأس به كالعقيق، فإنه عليه الصلاة والسلام تختَّم به وقال: تختموا بالعقيق فإنه مباركٌ، ولأنه ليس بحجرٍ إذ ليسَ له ثقل الحجر، ولنا أنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر وهو منصوصٌ.

قوله: وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ، وهو قوله: وفي الجامع الصغير: ولا يتختَّم إلا بالفضة.

مِثْلُ قَوْلِ كُلٍّ مِنْهُمَا. لَهُمَا «أَنَّ عَرْفَجَةَ بْنَ أَسْعَدَ الكِنَانِيَّ أُصِيبَ أَنْفُهُ يَوْمَ الكِلَابِ فَاتَّخَذَ أَنْفًا مِنْ فِضَّةٍ فَأَنْتَنَ. فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِأَنْ يَتَّخِذَ أَنْفًا مِنْ ذَهَبٍ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ وَالْإِبَاحَةُ لِلضَّرُورَةِ ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالْفِضَّةِ وَهِيَ الأَدْنَىٰ فَبَقِيَ الذَّهَبُ عَلَى التَّحْرِيمِ. وَالضَّرُورَةُ فِيمَا رُوِيَ لَمْ تَنْدَفِعْ فِي الأَنْفِ دُونَهُ حَيْثُ أَنْتَنَ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الذُّكُورُ مِنَ الصِّبْيَانِ الذَّهَبَ وَالْحَرِيرَ) ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَمَّا ثَبَتَ فِي حَقِّ الذُّكُورِ وَحَرُمَ اللُّبْسُ حَرُمَ الإِلْبَاسُ كَالْخَمْرِ لَمَّا حَرُمَ شُرْبُهَا حَرُمَ سَقْيُهَا.

قَالَ: (وَتُكْرَهُ الخِرْقَةُ الَّتِي تُحْمَلُ فَيُمْسَحُ بِهَا العَرَقُ) ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ تَجَبُّرٍ وَتَكَبُّرٍ (وَكَذَا الَّتِي يُمْسَحُ بِهَا الوُضُوءَ أَوْ يُمْتَخَطُ بِهَا) وَقِيلَ إِذَا كَانَ عَنْ حَاجَةٍ لَا يُكْرَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا كَانَ عَنْ تَكَبُّرٍ وَتَجَبُّرٍ وَصَارَ كَالتَّرَبُّعِ فِي الجُلُوسِ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَرْبِطَ الرَّجُلُ فِي أُصْبُعِهِ أَوْ خَاتَمِهِ الخَيْطَ لِلْحَاجَةِ) وَيُسَمَّىٰ ذٰلِكَ الرَّتَمُ وَالرَّتِيمَةُ. وَكَانَ ذٰلِكَ مِنْ

قوله: يَوْمَ الكِلَابِ، هو بالضمِّ والتخفيفُ اسم ماءٍ كانت عنده وقعةٌ.

قوله: لَمْ تَنْدَفِعْ فِي الأَنْفِ دُونَهُ، أي دون الذهب، أي لم تندفع الضرورة في الأنف بدون اتخاذه من الذهب.

قوله: وَيُسَمَّى ذٰلِكَ الرَّتَمُ وَالرَّتِيمَةُ، في المغرب: الرَّتمةُ خيط التذكُّر يعقد بالأصبع

عَادَةِ العَرَبِ. قَالَ قَائِلُهُمْ:

لَا يَنْفَعَنَّكَ اليَوْمَ إنْ هَمَّتْ بِهِمْ * كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتَعْقَادُ الرَّتَمِ

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمَرَ بَعْضَ أَصْحَابِهِ بِذٰلِكَ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَبَثٍ لِمَا فِيهِ مِنَ الغَرَضِ الصَّحِيحِ وَهُوَ التَّذَكُّرُ عِنْدَ النِّسْيَانِ.

وكذا الرتيمة، وارتمت الرجل ارتامًا وارتمَّ هو نفسه، قال(١):

[من الطويل]

إِذَا لَمْ تَكُنْ حَاجَاتُنَا فِي نُفُوسِكُمْ * فَلَيْسَ بِمُغْنٍ عَنْكَ عَقْدُ الرَّتَائِمِ

والرتم ضربٌ من الشجر، وأنشد ابن السكيت(٢):

[من الرجز]

هَلْ يَنْفَعَكَ اليَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ * كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتَعْقَادُ الرَّتَمْ

وقال: معناه أنَّ الرجل كان إذا خرج في السفر عمدَ إلىٰ هذا الشجر فشدَّ بعض أغصانه ببعضٍ، فإذا رجع وأصابه علىٰ تلك الحال لم تخنّي امرأتِي، وإن أصابه وقد انحل خانتني، وهو المشهور والمرويُّ عن الثقات، إلا أنَّ أبا الليث ذكر الرَّتم بمعنى الرتيمة، وأبو زيد ذكر الرَّتم في معناها، وأنشد هذا البيت استشهادًا به للخيط وكأنه جعله جمعًا لها، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

(١) انظر: لسان العرب ١٢/ ٢٢٥ مادة (رتم).

(٢) انظر: أساس البلاغة ١/ ٣٣٦، لسان العرب ١٢/ ٢٢٥ مادة (رتم).

فَصْلٌ فِي الوَطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمْسِ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَىٰ الأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قَالَ عَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: مَا ظَهَرَ مِنْهَا الكُحْلُ وَالْخَاتَمُ، وَالْمُرَادُ

فصل في الوطء والنَّظر والمسِّ

اعلم أنَّ مسائل النظر أربعة أقسام: نظر الرجل إلى الرجل، والمرأة إلى المرأة، والمرأة إلى الرجل، والرجل إلى المرأة، أمَّا نظر الرجل إلى المرأة فأربعة فصول: نظر الرجل إلىٰ زوجته ومملوكته، وإلىٰ ذوات محارمه، وإلىٰ إماء الغير، وإلى الحرة الأجنبية، ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الحرَّة الأجنبية إلا إلىٰ وجهها وكفَّيها، لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، قال عليٌّ وابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما: ما ظهر منها الكحل والخاتم، أي موضعهما وهو الوجه والكفُّ، وكذا المراد بالزينة المذكورة موضعها إطلاقًا لاسم الحال على المحل فيها، وقالت عائشة رضي الله تعالىٰ عنها المراد من قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ إحدىٰ عينيها، وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: المراد منه خفها وملابسها، واستدلَّ ابن مسعود رضي الله تعالى عنه بقوله عليه الصلاة والسلام: «والنساء حبائل الشيطان بِهنَّ يصيد الرجال» وقال: «ما تركتُ بعدي فتنةً أضرَّ على الرجال من النساء»، وجرىٰ في مجلسه عليه الصلاة والسلام يومًا: ما خير ما للرجال من النساء؟ وما خير ما للنساء من الرجال؟ فلمَّا رجع عليٌّ إلىٰ

مَوْضِعُهُمَا وَهُوَ الوَجْهُ وَالْكَفُّ، كَمَا أَنَّ المُرَادَ بِالزِّينَةِ المَذْكُورَةِ مَوْضِعُهَا، وَلِأَنَّ فِي إِبْدَاءِ الوَجْهِ وَالْكَفِّ ضَرُورَةً لِحَاجَتِهَا إِلَى المُعَامَلَةِ مَعَ الرِّجَالِ أَخْذًا وَإِعْطَاءً وَغَيْرَ ذٰلِكَ، وَهٰذَا تَنْصِيصٌ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَىٰ قَدِمَهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُبَاحُ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الضَّرُورَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَىٰ ذِرَاعِهَا أَيْضًا؛

بيته أخبَر فاطمةَ رضي الله تعالىٰ عنها فقالت: خير ما للرجال من النساء أن لا يرونَهُنَّ، وخير ما للنساء من الرجال أن لا يَرَيْنَهُمْ، فلمَّا سمع أخبَر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال: «هيَ بضعةٌ منِّي» فدلَّ أنه لا يُباح النظر إلىٰ شيءٍ من بدنِها، ولأنَّ حرمة النظر لخوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها، فخوف الفتنة في النظر إلىٰ وجهها أكثر منه إلىٰ سائر الأعضاء، وبنحو هذا تستدلُّ عائشة رضي الله تعالىٰ عنها ولكنَّها تقول: هيَ لا تجد بُدًّا من أن تمشي في الطريق ولا بدَّ من أن تفتح إحدىٰ عينيها لتبصر الطريق، فيجوز لها أن تكشف إحدىٰ عينيها لهذه الضرورة، والثابت بالضرورة لا تعدو موضعَ الضرورة، ولكنَّا نأخذُ بقول علي وابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهم فقد جاءت الأخبار في الرخصة في النظر إلىٰ وجهها وكفِّها، من ذلك ما رُويَ أنَّ امرأةً عرضت نفسَها علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إلىٰ وجهها فلم يَرَ فيها رغبةً، ولمَّا قال عُمر رضي الله تعالىٰ عنه في خطبته: ألا لا تغالوا في صدقة النساء، فإنَّها لو كانت مكرمةً أو تقوّى عند الله كان أَوْلَاكُم بِها رسول الله صلى الله عليه وسلَّم، فواللهِ ما خَطَبَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته أكثرَ من أربع مائة أوْقِيَةٍ ونشٍّ، فقامت سفعاء الخدين وقالت: أنتَ تقوله برأيكَ أم سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فإنَّا نجد في كتاب الله تعالىٰ بخلاف ما تقول، قال الله تعالىٰ: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] فبكىٰ عُمر رضي الله تعالىٰ عنه فقال: كلُّ الناس أفقه من عُمر حتى النساء في البيوت، فذكر الراوي أنَّها كانت

لِأَنَّهُ قَدْ يَبْدُو مِنْهَا عَادَةً.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ لَا يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ لَا يَنْظُرُ إِلَىٰ وَجْهِهَا إِلَّا لِحَاجَةٍ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ نَظَرَ إِلَىٰ مَحَاسِنِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ عَنْ شَهْوَةٍ صُبَّ فِي عَيْنَيْهِ الآنُكُ يَوْمَ القِيَامَةِ» فَإِذَا خَافَ الشَّهْوَةَ لَمْ يَنْظُرْ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ تَحَرُّزًا عَنِ المُحَرَّمِ. وَقَوْلُهُ لَا يَأْمَنُ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ إِذَا شَكَّ فِي الِاشْتِهَاءِ كَمَا إِذَا عَلِمَ أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذٰلِكَ (وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَمَسَّ وَجْهَهَا وَلَا كَفَّيْهَا وَإِنْ كَانَ يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ) لِقِيَامِ المُحَرَّمِ وَانْعِدَامِ الضَّرُورَةِ وَالْبَلْوَىٰ، بِخِلَافِ النَّظَرِ لِأَنَّ فِيهِ بَلْوَىٰ. وَالْمُحَرَّمُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ مَسَّ كَفَّ امْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ وُضِعَ عَلَىٰ كَفِّهِ جَمْرَةٌ يَوْمَ القِيَامَةِ» وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ شَابَّةً تُشْتَهَىٰ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ عَجُوزًا لَا تُشْتَهَىٰ فَلَا بَأْسَ بِمُصَافَحَتِهَا وَمَسِّ يَدِهَا لِانْعِدَامِ خَوْفِ الفِتْنَةِ. وَقَدْ

سفعاء الخدين، وفي هذا أنَّها كانت مسفرةً عن وجهها، ولمَّا ناولت فاطمة رضي الله تعالىٰ عنها أحد ولديها بلالًا أو أنسًا قال: رأيتُ كفَّها فلقة قمرٍ، فدلَّ أنه لا بأس بالنظر إلى الوجه والكفِّ، وأمَّا خوف الفتنة فيكون بالنظر إلىٰ ثيابها أيضًا، وأمَّا إذا كانت عجوزةً لا تشتهىٰ فلا بأس بمصافحتها ومسِّ يدها لانعدام خوف الفتنة، فإن قيل: هذا تعليلٌ في مقابلة النصِّ وهو ما ذُكر في الكتاب: من مسَّ كفَّ امرأةٍ ليس منها بسبيلٍ وُضِع علىٰ كفِّه جمرةً يوم القيامة؟ قيل: المراد امرأةٌ تدعو النفس إلىٰ مسِّها، دلَّ عليه ما رُويَ عن أبي بكر وعبد الله ابن الزبير رضي الله تعالىٰ عنهم: الصغيرة إذا كانت لا تشتهىٰ يُباح مسُّها والنظر إليها، لأنه ليس لبدنِها حكم العورة ولا في النظر والمسِّ خوف الفتنة.

رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُدْخِلُ بَعْضَ القَبَائِلِ الَّتِي كَانَ مُسْتَرْضَعًا فِيهِمْ وَكَانَ يُصَافِحُ العَجَائِزَ، وَعَبْدُ اللهِ بْنُ الزُّبَيْرِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - اسْتَأْجَرَ عَجُوزًا لِتُمَرِّضَهُ، وَكَانَتْ تَغْمِزُ رِجْلَيْهِ وَتُفَلِّي رَأْسَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ شَيْخًا يَأْمَنُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَعَلَيْهَا لِمَا قُلْنَا، فَإِنْ كَانَ لَا يَأْمَنُ عَلَيْهَا لَا تَحِلُّ مُصَافَحَتُهَا لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعْرِيضِ لِلْفِتْنَةِ. (وَالصَّغِيرَةُ إِذَا كَانَتْ لَا تُشْتَهَىٰ يُبَاحُ مَسُّهَا وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا) لِعَدَمِ خَوْفِ الفِتْنَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي إِذَا أَرَادَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهَا وَلِلشَّاهِدِ إِذَا أَرَادَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا النَّظَرُ إِلَىٰ وَجْهِهَا وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ إِحْيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ بِوَاسِطَةِ القَضَاءِ وَأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَلَٰكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَقْصِدَ بِهِ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ أَوِ الحُكْمَ عَلَيْهَا لَا قَضَاءَ الشَّهْوَةِ تَحَرُّزًا عَمَّا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ قَصْدُ القَبِيحِ. وَأَمَّا النَّظَرُ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ إِذَا اشْتَهَىٰ قِيلَ يُبَاحُ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ مَنْ لَا يَشْتَهِي فَلَا ضَرُورَةَ، بِخِلَافِ حَالَةِ الأَدَاءِ.

(وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَشْتَهِيهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيهِ: ....

قوله: تَحَرُّزًا عَمَّا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، لأنه إن لم يمكنه التحرُّز فعلًا فقد أمكنه التحرز منه قلبًا، فصار كمسئلة التَّتَرُّس بصبيان المسلمين.

قوله: بِخِلَافِ حَالَةِ الأَدَاءِ، فقد التزمَ هذه الأمانة بالتحمل وهو متعيِّنٌ لأدائها.

«أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَىٰ أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا» وَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ إِقَامَةُ السُّنَّةِ لَا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ.

(وَيَجُوزُ لِلطَّبِيبِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَىٰ مَوْضِعِ المَرَضِ مِنْهَا) لِلضَّرُورَةِ (وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَلِّمَ امْرَأَةً مُدَاوَاتَهَا) لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَسْهَلُ (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا يَسْتُرُ كُلَّ عُضْوٍ مِنْهَا سِوَىٰ مَوْضِعِ المَرَضِ) ثُمَّ يَنْظُرُ وَيَغُضُّ بَصَرَهُ مَا اسْتَطَاعَ؛ لِأَنَّ مَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا وَصَارَ كَنَظَرِ الخَافِضَةِ وَالْخَتَّانِ. (وَكَذَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَىٰ مَوْضِعِ الِاحْتِقَانِ مِنْ الرَّجُلِ) لِأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ وَيَجُوزُ لِلْمَرَضِ وَكَذَا لِلْهُزَالِ الفَاحِشِ عَلَىٰ مَا

قوله: أَبْصِرْهَا، قال عليه الصلاة والسلام لمغيرة بن شبعة لمَّا أراد أن يتزوج امرأة: «أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ - أي الإبصار - أَحْرَىٰ أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا» أي أَوْلىٰ بالإصلاح وإيقاع الألفة والوفاق بينكما، هكذا رواية المبسوط، وأمَّا رواية الفائق فإنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قال للمغيرة بن شعبة خطب امرأة: «لو نظرتَ إليها فإنه أحرىٰ أن يؤدم بينكما» الأدم والإيدام الاصلاح والتوفيق، من أدم الطَّعام وهو إصلاحه بالإدام وجعله موافقًا للطاعم.

قوله: كَنَظَرِ الخَافِضَةِ وَالْخَتَّانِ، يعني أنَّهما ينظران إلى العورة لأجل الضرورة، لأنَّ الختان سُنّة وهو من جملة الفطرة في حقِّ الرجال لا يمكن تركها، وهو مكرمة في حقِّ النساء أيضـًا، الخفض للجارية كالختن للغلام، وجارية مخفوضةٌ أي مختونة.

قوله: وَكَذَا لِلْهُزَالِ الفَاحِشِ، إذا قيل له: أنَّ الحقنة تزيل ما لكَ من الهزال فلا بأسَ بأن يبدى ذلك الموضع للمحتقن، علىٰ ما رُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وهذا صحيحٌ فإنَّ الهزال الفاحش نوعُ مرضٍ يكون آخره الدقُّ والسِّلُّ.

رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ أَمَارَةُ المَرَضِ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَىٰ جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَىٰ رُكْبَتِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «عَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَىٰ رُكْبَتِهِ» وَيُرْوَىٰ «مَا دُونَ سُرَّتِهِ حَتَّىٰ يُجَاوِزَ رُكْبَتَيْهِ» وَبِهٰذَا ثَبَتَ أَنَّ السُّرَّةَ لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَالرُّكْبَةُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالْفَخِذُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِأَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ، وَمَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَىٰ مَنْبَتِ الشَّعْرِ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْلِ الكَمَارِيُّ مُعْتَمِدًا فِيهِ العَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا مَعَ النَّصِّ بِخِلَافِهِ، وَقَدْ رَوَىٰ أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ «الرُّكْبَةُ مِنَ العَوْرَةِ» وَأَبْدَى الحَسَنُ ابْنُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - سُرَّتَهُ فَقَبَّلَهَا أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَقَالَ لِجَرْهَدٍ: «وَارِ فَخِذَكَ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الفَخِذَ عَوْرَةٌ؟» وَلِأَنَّ الرُّكْبَةَ مُلْتَقَىٰ عَظْمِ الفَخِذِ وَالسَّاقِ فَاجْتَمَعَ المُحَرَّمُ وَالْمُبِيحُ وَفِي مِثْلِهِ يَغْلِبُ المُحَرَّمُ، وَحُكْمُ العَوْرَةِ فِي الرُّكْبَةِ أَخَفُّ مِنْهُ فِي الفَخِذِ، وَفِي الفَخِذِ أَخَفُّ مِنْهُ فِي السَّوْأَةِ، حَتَّىٰ أَنَّ كَاشِفَ الرُّكْبَةِ يُنْكَرُ عَلَيْهِ بِرِفْقٍ وَكَاشِفَ الفَخِذِ يُعَنَّفُ عَلَيْهِ وَكَاشِفَ السَّوْءَةِ يُؤَدَّبُ إِنْ لَجَّ (وَمَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ

قوله: مُعْتَمِدًا فِيهِ العَادَةَ، أي لتعامل العُمَّال وغيرهم في الإبداءعن ذلك الموضع، وفي النزع عن الظاهرة حرجٌ.

لِلرَّجُلِ مِنَ الرَّجُلِ يُبَاحُ المَسُّ) لِأَنَّهُمَا فِيمَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ سَوَاءٌ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَىٰ مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْهُ إِذَا أَمِنَتِ الشَّهْوَةَ) لِاسْتِوَاءِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِي النَّظَرِ إِلَىٰ مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ. وَفِي كِتَابِ الخُنْثَىٰ مِنَ الأَصْلِ: أَنَّ نَظَرَ المَرْأَةِ إِلَىٰ الرَّجُلِ الأَجْنَبِيِّ بِمَنْزِلَةِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَىٰ مَحَارِمِهِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ إِلَىٰ خِلَافِ الجِنْسِ أَغْلَظُ، فَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا شَهْوَةٌ أَوْ أَكْبَرُ رَأْيِهَا أَنَّهَا تَشْتَهِي أَوْ شَكَّتْ فِي ذٰلِكَ يُسْتَحَبُّ لَهَا أَنْ تَغُضَّ بَصَرَهَا، وَلَوْ كَانَ النَّاظِرُ هُوَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا وَهُوَ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يَنْظُرْ، وَهٰذَا إِشَارَةٌ إِلَى التَّحْرِيمِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِنَّ غَالِبَةٌ وَهُوَ كَالْمُتَحَقِّقِ اعْتِبَارًا، فَإِذَا اشْتَهَىٰ الرَّجُلُ كَانَتْ الشَّهْوَةُ مَوْجُودَةً فِي الجَانِبَيْنِ، وَلَا كَذٰلِكَ إِذَا اشْتَهَتِ المَرْأَةُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً وَاعْتِبَارًا فَكَانَتْ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَالْمُتَحَقِّقُ مِنَ الجَانِبَيْنِ فِي الإِفْضَاءِ إِلَى المُحَرَّمِ أَقْوَىٰ مِنَ المُتَحَقِّقِ فِي جَانِبٍ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَتَنْظُرُ المَرْأَةُ مِنَ المَرْأَةِ إِلَىٰ مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الرَّجُلِ) لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ، وَانْعِدَامِ الشَّهْوَةِ غَالِبًا كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ ....

قوله: لِأَنَّ الشَّهْوَةَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً، لأنه غير ناظر إليها حقيقةً واعتبار العدم غلبة الشَّهْوة.

وَكَذَا الضَّرُورَةُ قَدْ تَحَقَّقَتْ إِلَى الِانْكِشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ نَظَرَ الْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَىٰ مَحَارِمِهِ، بِخِلَافِ نَظَرِهَا إِلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الرِّجَالَ يَحْتَاجُونَ إِلَىٰ زِيَادَةِ الِانْكِشَافِ لِلِاشْتِغَالِ بِالْأَعْمَالِ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَزَوْجَتِهِ إِلَىٰ فَرْجِهَا) وَهٰذَا إِطْلَاقٌ فِي النَّظَرِ إِلَىٰ سَائِرِ بَدَنِهَا عَنْ شَهْوَةٍ وَغَيْرِ شَهْوَةٍ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «غُضَّ بَصَرَكَ إِلَّا عَنْ أَمَتِكَ وَامْرَأَتِكَ» وَلِأَنَّ مَا فَوْقَ ذٰلِكَ مِنَ الْمَسِّ وَالْغَشَيَانِ مُبَاحٌ فَالنَّظَرُ أَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّ الْأَوْلَىٰ أَنْ لَا يَنْظُرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَىٰ عَوْرَةِ صَاحِبِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا أَتَىٰ أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَسْتَتِرْ مَا اسْتَطَاعَ وَلَا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرُّدَ الْعِيرِ» وَلِأَنَّ ذٰلِكَ يُورِثُ النِّسْيَانَ لِوُرُودِ الْأَثَرِ. وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - يَقُولُ: الْأَوْلَىٰ أَنْ يَنْظُرَ لِيَكُونَ أَبْلَغَ فِي تَحْصِيلِ مَعْنَى اللَّذَّةِ.

قوله: وَكَذَا الضَّرُورَةُ قَدْ تَحَقَّقَتْ إِلَى الِانْكِشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ، أي في الحمام.

قوله: مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ، قيَّد بالحلِّ لأنَّ إباحة النظر إلىٰ جميع بدن أمته مبنية علىٰ حلِّ الوطء، وفيما لا يحلُّ من أمته كأمته المجوسيَّة وأمته التي هي أخته من الرضاعة كان الحكم في النظر كأمة الغير.

قوله: تَجَرُّدَ العِيرِ، هو الحمار الوحشيُّ، وإنما قيَّد به لأنَّ في الأهليِّ نوعُ سترٍ من الأقتاب والثغر.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى الوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْعَضُدَيْنِ. وَلَا يَنْظُرُ إِلَىٰ ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا وَفَخِذِهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآيَةَ، وَالْمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعُ الزِّينَةِ وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَيَدْخُلُ فِي ذٰلِكَ السَّاعِدُ وَالْأُذُنُ وَالْعُنُقُ وَالْقَدَمُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مَوْضِعُ الزِّينَةِ، بِخِلَافِ الظَّهْرِ وَالْبَطْنِ وَالْفَخِذِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ مَوَاضِعِ الزِّينَةِ، وَلِأَنَّ البَعْضَ يَدْخُلُ عَلَى البَعْضِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَاحْتِشَامٍ وَالْمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا عَادَةً، فَلَوْ حَرُمَ النَّظَرُ إِلَىٰ هٰذِهِ المَوَاضِعِ أَدَّىٰ إِلَى الحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلْحُرْمَةِ المُؤَبَّدَةِ فَقَلَّمَا تُشْتَهَىٰ، بِخِلَافِ مَا وَرَاءَهَا، لِأَنَّهَا لَا تَنْكَشِفُ عَادَةً. وَالْمَحْرَمُ مَنْ لَا تَجُوزُ المُنَاكَحَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا عَلَى التَّأْبِيدِ بِنَسَبٍ كَانَ أَوْ بِسَبَبٍ كَالرَّضَاعِ وَالْمُصَاهَرَةِ لِوُجُودِ المَعْنَيَيْنِ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ المُصَاهَرَةُ بِنِكَاحٍ أَوْ سِفَاحٍ فِي الأَصَحِّ لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا)

قوله: لِوُجُودِ المَعْنَيَيْنِ، وهُما الضرورة وقلَّة الرغبة فيه، أي في المحرم، وهذا إشارة إلىٰ ما ذكره بقوله: فَلَوْ حَرُمَ النَّظَرُ إِلَىٰ هٰذِهِ المَوَاضِعِ أَدَّىٰ إِلَى الحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلْحُرْمَةِ المُؤَبَّدَةِ، وقوله: فِي الأَصَحِّ، متعلق أو سفاح، لأنَّ اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا، لِما رُوِيَ أنَّ النبيَّ صلى الله

لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَىٰ ذٰلِكَ فِي المُسَافَرَةِ وَقِلَّةِ الشَّهْوَةِ لِلْمَحْرَمِيَّةِ، بِخِلَافِ وَجْهِ الأَجْنَبِيَّةِ وَكَفَّيْهَا حَيْثُ لَا يُبَاحُ المَسُّ وَإِنْ أُبِيحَ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ مُتَكَامِلَةٌ (إِلَّا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهَا أَوْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الشَّهْوَةَ) فَحِينَئِذٍ لَا يَنْظُرُ وَلَا يَمَسُّ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا البَطْشُ» ، وَحُرْمَةُ الزِّنَا بِذَوَاتِ المَحَارِمِ أَغْلَظُ فَيُجْتَنَبُ. (وَلَا بَأْسَ بِالْخَلْوَةِ وَالْمُسَافَرَةِ بِهِنَّ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُسَافِرُ المَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا إِلَّا وَمَعَهَا زَوْجُهَا أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا» وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ» وَالْمُرَادُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَحْرَمًا، فَإِنِ احْتَاجَ إِلَى الإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّهَا مِنْ وَرَاءِ ثِيَابِهَا وَيَأْخُذَ ظَهْرَهَا وَبَطْنَهَا دُونَ

عليه وسلم كان يُقَبِّل رأس فاطمةَ رضي الله عنها ويقول: «أجد منها ريح الجنة»، وكان إذا قدم من السفر بدأ بِها فعانقها وقبل رأسها، وقال عليه الصلاة والسلام: «من قبَّل رِجل أُمِّه فكأنَّما قبَّل عتبة الجنة».

قوله: لَا تُسَافِرُ المَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، كلمة فوقَ ههنا صلة، فإنَّ حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيّام أيضًا، وكان نظير قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١].

قوله: وَالْمُرَادُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَحْرَمًا، أي المراد من قوله: لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ، إذا لم يكن محرمًا.

مَا تَحْتَهُمَا إِذَا أَمِنَا الشَّهْوَةَ، فَإِنْ خَافَهَا عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ عَلَيْهَا تَيَقُّنًا أَوْ ظَنًّا أَوْ شَكًّا فَلْيَجْتَنِبْ ذٰلِكَ بِجَهْدِهِ، ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَهَا الرُّكُوبَ بِنَفْسِهَا يَمْتَنِعُ عَنْ ذٰلِكَ أَصْلًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهَا يَتَكَلَّفُ بِالثِّيَابِ كَيْ لَا تُصِيبَهُ حَرَارَةُ عُضْوِهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِدِ الثِّيَابَ يَدْفَعُ الشَّهْوَةَ عَنْ قَلْبِهِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ مَمْلُوكَةِ غَيْرِهِ إِلَىٰ مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ) لِأَنَّهَا تَخْرُجُ لِحَوَائِجِ مَوْلَاهَا وَتَخْدُمُ أَضْيَافَهُ وَهِيَ فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا، فَصَارَ حَالُهَا خَارِجَ البَيْتِ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ كَحَالِ المَرْأَةِ دَاخِلَهُ فِي حَقِّ مَحَارِمِهِ الأَقَارِبِ. وَكَانَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - إِذَا رَأَىٰ جَارِيَةً مُتَقَنِّعَةً عَلَاهَا بِالدُّرَّةِ وَقَالَ: أَلْقِي عَنْكِ الخِمَارَ يَا دَفَارُ أَتَتَشَبَّهِينَ بِالْحَرَائِرِ وَلَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَىٰ بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدُ ابْنُ مُقَاتِلٍ أَنَّهُ يُبَاحُ إِلَّا إِلَىٰ مَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ كَمَا فِي المَحَارِمِ، بَلْ أَوْلَىٰ لِقِلَّةِ الشَّهْوَةِ فِيهِنَّ وَكَمَالِهَا فِي الإِمَاءِ. وَلَفْظَةُ المَمْلُوكَةِ تَنْتَظِمُ المُدَبَّرَةُ وَالْمُكَاتَبَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ، وَالْمُسْتَسْعَاةُ كَالْمُكَاتَبَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَأَمَّا الخَلْوَةُ بِهَا وَالْمُسَافَرَةُ مَعَهَا فَقَدْ قِيلَ يُبَاحُ كَمَا فِي المَحَارِمِ، وَقَدْ قِيلَ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهِنَّ، وَفِي الإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ

قوله: عَلَاهَا بِالدُّرَّةِ، أي ضرب علاوتها، أي رأسها.

اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ وَفِي ذَوَاتِ المَحَارِمِ مُجَرَّدَ الحَاجَةِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذٰلِكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) كَذَا ذَكَرَهُ فِي المُخْتَصَرِ، وَأَطْلَقَ أَيْضًا فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يُفَصِّلْ. قَالَ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ -: يُبَاحُ النَّظَرُ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ وَإِنِ اشْتَهَىٰ لِلضَّرُورَةِ، وَلَا يُبَاحُ المَسُّ إِذَا اشْتَهَىٰ أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ اسْتِمْتَاعٍ، وَفِي غَيْرِ حَالَةِ الشِّرَاءِ يُبَاحُ النَّظَرُ وَالْمَسُّ بِشَرْطِ عَدَمِ الشَّهْوَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَاضَتِ الأَمَةُ لَمْ تَعْرِضْ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ) وَمَعْنَاهُ بَلَغَتْ،

قوله: اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي الأَصْلِ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ، أي الضرورة التي لا مدفعَ لها، وفي المحارم: مجرَّد الحاجة اعتبَر نفس الحاجة لا الضرورة، يعني إذا خاف الهلاك على الأمة بأن كانت في الفيافِي، فلو لم يكن يتركها ينقطع عن القافلة ويهلك، وأمَّا الحاجة أن تكون المرأة في البلد أو القرية ولها حاجة أن تمشي إلى المزرعة.

قوله: وَلَمْ يُفَصِّلْ، أي بين وجود الشهوة وعدمها، سواء كان في النظر أو في المسِّ، وقال رجلٌ أراد أن يشتري جاريةً لا بأس بأن يمسَّ ساقها وذراعها وصدرها وينظر إلىٰ صدرها وساقها مكشوفين.

قوله: وَإِذَا حَاضَتِ الأَمَةُ، معناه أي بلغت، إطلاقًا لاسم السبب على المسبب لأنَّ الغالب بلوغهن بالحيض، وقوله: لَمْ تَعْرِضْ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ، يعني تُؤمر بلبس القميص لأنَّ ظهرها وبطنها عورة، والمراد بالإزار الذي يستر بين السرة والركبة، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: وكذلك إذا بلغت موضعًا تجامع وتشتهىٰ لأنَّ المشتهاة كالبالغة.

وَهٰذَا مُوَافِقٌ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الظَّهْرَ وَالْبَطْنَ مِنْهَا عَوْرَةٌ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تُشْتَهَىٰ وَيُجَامَعُ مِثْلُهَا فَهِيَ كَالْبَالِغَةِ لَا تَعْرِضُ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لِوُجُودِ الِاشْتِهَاءِ.

قَالَ: (وَالْخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ كَالْفَحْلِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -: الخِصَاءُ مُثْلَةٌ فَلَا يُبِيحُ مَا كَانَ حَرَامًا قَبْلَهُ وَلِأَنَّهُ فَحْلٌ يُجَامِعُ. وَكَذَا المَجْبُوبُ؛ لِأَنَّهُ يَسْحَقُ وَيُنْزِلُ، وَكَذَا المُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الأَفْعَالِ؛ لِأَنَّهُ فَحْلٌ فَاسِقٌ. وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللهِ

قوله: الخِصَاءُ مُثْلَةٌ، خصاه: نَزَعَ خصيَّته، يخصيه خصاءً، علىٰ فُعالٍ والإخصاء في معناه خطأ، وأمَّا الخصيُّ كما في حديث الشعبيِّ علىٰ فعلٍ فقياسٌ وإن لم تسمعه، والمفعول خصيٌ على فعيل، والجمع خصيان.

قوله: وَكَذَا المُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الأَفْعَالِ، قيَّد بالرديء من الأفعال وهو أن يمكن غيره من نفسه احتِرازًا عن المخنَّث الذي في أعضائه لِيْن وفي لسانه تكسُّر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء، ولا يكون مجيبًا في الرديء من الأفعال فإنه قد رخَّص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالًا بقوله تعالىٰ: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] قيل: هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، وقيل: هو المجبوب الذي جفَّ ماؤه، وقيل: المراد منه الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء، إنَّما همته بطنه، وفي هذا كلامٌ أيضًا، فإنه إذا كان شابًّا يتنحَّىٰ عن النساء، وإنَّما ذلك إذا كان شيخًا كبيرًا قد ماتت شهوته فحينئذٍ يرخَّص في ذلك.

قوله: وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللهِ المُنَزَّلِ فِيهِ، وهو قوله تعالىٰ:

الْمُنَزَّلِ فِيهِ، وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَثْنًى بِالنَّصِّ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ سَيِّدَتِهِ إِلَّا مَا يَجُوزُ لِلْأَجْنَبِيِّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْهَا) . وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ كَالْمَحْرَمِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مُتَحَقِّقَةٌ لِدُخُولِهِ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ. وَلَنَا أَنَّهُ فَحْلٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ وَلَا

﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ ﴾ [النور: ٣٠] قال شمس الأئمة رحمه الله تعالىٰ: إنَّ قوله: أو التابعين، إلخ من المتشابه، وقوله تعالىٰ: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ﴾ محكمٌ فنأخذ بالمحكم ونقول: كل من كان من الرجال فلا يحلُّ لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحلُّ له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيرًا فحينئذٍ لا بأسَ بذلك، لقوله تعالىٰ: ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النور: ٣١]، وقد رُويَ أنه كان في بيت أم سلمة رضي الله تعالىٰ عنها مخنَّثٌ فلمَّا حاصرَ رسول الله عليه الصلاة والسلام الطائفَ قال لعُمر بن أم سلمةَ: إذا فتح الله علينا الطائفَ أدلك على ابنة غيلان، فإنَّها تقبل بأربعٍ وتدبر بثمانٍ، فقال عليه الصلاة والسلام: «أوهذا لا يدخلنَّ هؤلاء عليكم» كذا في الإيضاح، ومعنى قوله: تقبل بأربع وتدبر بثمان، المراد عكن البطن، العكَن جمع عكنة وهي الطيُّ الذي يكون في البطن من السمن، أي من أربعٍ إذا أقبلت وثمان إذا أدبرت، لأنَّ لكل عكنةٍ طرفين إلىٰ جنبها.

قوله: وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: هُوَ كَالْمَحْرَمِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، ولا يجوز أن يحمل على الإماء لأنَّهن دخلن في قوله تعالىٰ: ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ [النور: ٣١] ولأنه لا يشكل أنَّ للأمة أن تنظر إلىٰ سيِّدتِها كما للأجنبيات، ولأن بينهما سببًا محرمًا للنكاح فكان كالمحرم وإباحة النظر،

زَوْجٍ، وَالشَّهْوَةُ مُتَحَقِّقَةٌ لِجَوَازِ النِّكَاحِ فِي الجُمْلَةِ وَالْحَاجَةُ قَاصِرَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ خَارِجَ البَيْتِ. وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ الإِمَاءُ، قَالَ سَعِيدٌ وَالْحَسَنُ وَغَيْرُهُمَا: لَا تَغُرَّنَّكُمْ سُورَةُ النُّورِ فَإِنَّهَا فِي الإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ.

قَالَ: (وَيَعْزِلُ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَلَا يَعْزِلُ عَنْ زَوْجَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهَا)

ثمَّ لحاجة الدخول من غير استئذان واحتشام، وهذا يتحقَّقُ فيما بين العبد وسيِّدته؟ قلنا: المراد من قوله تعالىٰ: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ الحرائر المسلمات لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركةٍ أو كتابيةٍ، كذا عن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه، والظاهر أنه عنىٰ بنسائهنَّ من في صحبتهن من الحرائر ونساء كلهنَّ سواءٌ في حل بعضهنَّ إلىٰ بعضٍ، والمراد من قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ الإماء، كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جُبير رضي الله تعالىٰ عنهما، والموضع موضع الإشكال لأنَّ حالة الأمة تقرب من حالة الرجال حتّىٰ تسافر بغير محرمٍ، فكان يشكل أنه هل يباح له التكشف بين يدي أمتها؟ ولم يزل هذا الإشكال بقوله تعالىٰ: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ لأنَّ مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، وأمَّا حرمة المناكحة بينهما علىٰ عرضة الزوال فكانت في حقِّه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدَّته، ولأنَّ وجوب الستر عليها لمعنى خوف الفتنة وذلك موجودٌ ههنا، وإنَّما ينعدم ذلك بالحرمة المؤبَّدة لأنَّ الحرمة المؤبدة تقلِّل الشهوة، وأمَّا الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها علىٰ رفع الحشمة فكأنَّ ادَّعىٰ إلىٰ خوف الفتنة ووجوب الستر والبلوىٰ غير متحقِّق لأنَّ العبد لاستخدام خارج البيت لا داخل البيت، فقد قيل من اتخذ عبدًا لخدمة داخل البيت فهو كشخان، وهو الديُّوث الذي لا غيرةَ له.

قوله: قَالَ سَعِيدٌ، أطْلَق اسم السعيد ولم يقيِّد بالنسبة ليصحَّ تناوله للسعيدين علىٰ ما ذكرنا، والمراد من قوله: وَغَيْرُهُمَا، سمرة بن جندب فإنه كان يقول كقول السعيدين،

«لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ العَزْلِ عَنِ الحُرَّةِ إلَّا بِإِذْنِهَا، وَقَالَ لِمَوْلَىٰ أَمَةٍ: اعْزِلْ عَنْهَا إنْ شِئْتَ» ، وَلِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الحُرَّةِ قَضَاءً لِلشَّهْوَةِ وَتَحْصِيلًا لِلْوَلَدِ وَلِهٰذَا تُخَيَّرُ فِي الجَبِّ وَالْعُنَّةِ، وَلَا حَقَّ لِلْأَمَةِ فِي الوَطْءِ فَلِهٰذَا لَا يُنْقَصُ حَقُّ الحُرَّةِ بِغَيْرِ إذْنِهَا وَيَسْتَبِدُّ بِهِ المَوْلَىٰ وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَمَةَ غَيْرِهِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

ذكره في التيسير.

قوله: وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَمَةَ غَيْرِهِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ، وهو قوله: إذا تزوَّج أمةً فالإذن في العزل إلى المولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ أنَّ الإذن إليها، إلىٰ آخره.

* * *

فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ وَغَيْرِهِ

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَإِنَّهُ لَا يَقْرَبُهَا وَلَا يَلْمِسُهَا وَلَا يُقَبِّلُهَا وَلَا يَنْظُرُ إِلَىٰ فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّىٰ يَسْتَبْرِئَهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ «أَلَا لَا تُوطَأُ الحَبَالَىٰ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلَا الحَيَالَىٰ حَتَّىٰ يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ» أَفَادَ وُجُوبَ الِاسْتِبْرَاءِ عَلَى المَوْلَىٰ، وَدَلَّ عَلَى السَّبَبِ فِي المَسْبِيَّةِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَالْيَدِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ، وَهٰذَا لِأَنَّ الحِكْمَةَ فِيهِ

فصل في الاستبراء وغيره

استِبْراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل، وأَوْطَاس موضعٌ علىٰ ثلاثة مراحل من مكَّة كانت به وقعة النبيِّ عليه الصلاة والسلام.

قوله: حَتَّىٰ يَسْتَبْرِئَهَا، الصَّوابُ بالهمزة، كذا في المغرب.

قوله: أَفَادَ وُجُوبَ الِاسْتِبْرَاءِ عَلَى المَوْلَىٰ، لأنَّ النهيَ عن الوطء مع الملك وهو المطلق الحاصر يدلُّ علىٰ وجوب الاستبراء، لأنه لو لم يجب لَمَا منع المالك عن استيفاء حقِّه والنفيُ أبلغ عن النهي.

قوله: وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَالْيَدِ، لِأَنَّهُ هُوَ المَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ، يعني أنَّ الموجود في مورد النصِّ وهو قوله: أَلَا لَا تُوطَأُ الحَبَالَىٰ، ليسَ إلا استحداث الملك واليد

التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةً لِلْمِيَاهِ المُحْتَرَمَةِ عَنِ الِاخْتِلَاطِ وَالْأَنْسَابِ عَنِ الِاشْتِبَاهِ، وَذٰلِكَ عِنْدَ حَقِيقَةِ الشُّغْلِ أَوْ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ، وَيَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي لَا عَلَى البَائِعِ؛ لِأَنَّ العِلَّةَ الحَقِيقِيَّةَ إِرَادَةُ الوَطْءِ، وَالْمُشْتَرِي هُوَ الَّذِي يُرِيدُهُ دُونَ البَائِعِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الإِرَادَةَ أَمْرٌ مُبْطَنٌ فَيُدَارُ الحُكْمُ

فيكون هو السبب، ولَمَا منع الشرع عن الوطء مع الملك لا يخلو عن حكمةٍ وهيَ صيانة الماء عن الخلط بماء غيره، ولا يجوز أن تكون الحكمة موجبةً لأنَّ الحكمة معقبة والعلة سابقةٌ، وذكر فخر الإسلام البزدوي رحمه الله تعالىٰ في المبسوط: أنَّ علة وجوب الاستبراء إرادة الوطء فإنه متىٰ أراد الوطءَ ولا يحلُّ له إلا في محلٍّ فارغٍ يجبُ عليه أن يتعرَّف براءة الرحم حتى لا يصير ساقيًا ماؤه زرعَ غيره، وفيه حكمة صيانة الولد، غير أنَّ إرادة الوطء لا يتوقَّف عليها حقيقةً فيُدار الحكم على التمكُّن من الوطء فأقيم التمكن من الوطء مقام إرادة الوطء، وذلك لا يتحقَّق بنفس الملك إنَّما يتحقق بالملك والقبض، فإن قيل: إرادة الصلاة سببٌ لوجوب الطهارة؟ قلنا: لأنَّ إرادة الصلاة متحقِّقة لفرضية الصلاة ولا كذلك إرادة الوطء، ولا يقال: الموجب كونُها مسبية، لأنَّ في جعله علةً سدُّ باب القياس وأنه مفتوحٌ بالنصوص.

قوله: بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ، وهو أن يكون الولد ثابت النسب، إنَّما قيَّده بماءٍ محترمٍ وإن كان الحكم في غير المحترَم كذلك، فإنَّ الجارية إذا كانت حاملًا من الزنا لا يحلُّ وطئها قبل الاستبْراء، إخراجًا للكلام مخرج أوْضَاع الشرع تنبيهًا علىٰ أنه لا ينبغي أن يكون إلا ما هو مشروعٌ حسنٌ، هذا نظيرُ قوله عليه الصلاة والسلام «من نامَ عن صلاةٍ أو نسيها» والحكم في العمد كذلك، إلا أنَّ الظاهر من حال المسلم أن لا تفوته الصلاة عمدًا، ولا ينبغي أن لا يكون كذلك فلهذا قيَّد بالنوم والنسيان فكذلك ههنا.

عَلَىٰ دَلِيلِهَا، وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الوَطْءِ وَالتَّمَكُّنُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْمِلْكِ وَالْيَدِ فَانْتَصَبَ سَبَبًا وَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَيْهِ تَيْسِيرًا، فَكَانَ السَّبَبُ اسْتِحْدَاثَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ المُؤَكَّدِ بِالْيَدِ وَتَعَدِّي الحُكْمِ إِلَىٰ سَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ كَالشِّرَاءِ وَالْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ وَالْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ، وَكَذَا يَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ وَمِنَ المَرْأَةِ وَالْمَمْلُوكِ

قوله: وَالْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ، بأن جعل الأمة بدل الخلع أو بدل الكتابة.

قوله: وَغَيْرِ ذٰلِكَ، بأن يملكها بصدقةٍ أو بجنايةٍ دفعت إليه، حيث يجبُ علىٰ وليِّ الجناية الاستبراء.

قوله: وَكَذَا يَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ، بأن باعها أبوه أو وصيُّه.

قوله: وَالْمَمْلُوكِ، بأن اشترىٰ من العبد المأذون أو المكاتب، فإن اشتراها المولىٰ من عبدٍ له تاجر يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في جواب الاستحسان، وصورة ذلك ما ذكر في المبسوط: فإن اشتراها من عبد له تاجر فلا استبراء عليه، إن كانت قد حاضت حيضةً بعد ما اشتراها العبدُ ولا دين عليه، لأنَّ المولىٰ ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضةً فيكفيه ذلك من الاستبراء، كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضةً، فإن كان على العبد دينٌ يحيطُ برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، لأنَّ عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولىٰ في كسبه، ولهذا لو أعتقه جاز عتقه، فأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ففي القياس كذلك، لأنَّ العبد ليسَ من أهل أن يثبت له عليها ملك الحلِّ بسبب ملك الرقبة، ولا يثبت ذلك للغرماء أيضًا بسبب دينهم، والمولىٰ أحقُّ بها حتَّىٰ يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضعٍ آخر، فإذا حاضت بعد ما صار المولىٰ أحق

وَمِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الْمُشْتَرَاةُ بِكْرًا لَمْ تُوطَأْ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَإِدَارَةِ الأَحْكَامِ عَلَى الأَسْبَابِ دُونَ الحُكْمِ لِبُطُونِهَا فَيُعْتَبَرُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ. وَكَذَا لَا يُجْتَزَأُ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا وَلَا بِالْحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ أَسْبَابِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ، وَلَا بِالْوِلَادَةِ الحَاصِلَةِ بَعْدَهَا قَبْلَ القَبْضِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ السَّبَبَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَالْيَدِ، وَالْحُكْمُ لَا يَسْبِقُ السَّبَبَ، وَكَذَا لَا يُجْتَزَأُ بِالْحَاصِلِ قَبْلَ الإِجَازَةِ فِي بَيْعِ الفُضُولِيِّ وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي، وَلَا بِالْحَاصِلِ بَعْدَ القَبْضِ فِي الشِّرَاءِ الفَاسِدِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا شِرَاءً صَحِيحًا لِمَا قُلْنَا.

بِها يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء، ولكنه استحسنَ فقال: عليه أن يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لأنه قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده، حتَّىٰ إذا أعتقها لم ينفذ عتقه، فإنَّما حدثَ له ملك الحلِّ بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها.

قوله: وَمِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، بأن كانت الجاريةُ أخت البائع من الرضاع، أو كان البائعُ وطئَ أمَّها أو وطئها أبوه أو ابنه.

قوله: فَيُعْتَبَرُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ، أمَّا في حقِّ المكاتب والمأذون فظاهرٌ، وكذا إذا كانت بكرًا لأنَّ الشغل بالبكارة محتملٌ، أمَّا إذا كانت لصغيرٍ أو لامرأةٍ فتوهُّم الشاغل ثابتٌ أيضًا بنكاحٍ أو سفاحٍ.

قوله: خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنَّ عنده يجتزئ بتلك الحيضة للتيقُّن بفراغ الرحم، كما لو طلَّقها قبل الدخول لا تجب العدَّة لذلك.

(وَيَجِبُ فِي جَارِيَةٍ لِلْمُشْتَرِي فِيهَا شِقْصٌ فَاشْتَرَى البَاقِيَ) ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَمَّ الآنَ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَىٰ تَمَامِ العِلَّةِ، وَيُجْتَزَأُ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ القَبْضِ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ بِأَنْ كَاتَبَهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ ثُمَّ أَسْلَمَتِ المَجُوسِيَّةُ أَوْ عَجَزَتِ المُكَاتَبَةُ لِوُجُودِهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَالْيَدِ إِذْ هُوَ مُقْتَضٍ لِلْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ لِمَانِعٍ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيْضِ (وَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ إِذَا رَجَعَتِ الآبِقَةُ أَوْ رُدَّتِ المَغْصُوبَةُ أَوِ المُؤَاجَرَةُ أَوْ فُكَّتِ المَرْهُونَةُ) لِانْعِدَامِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَالْيَدِ وَهُوَ سَبَبٌ مُتَعَيِّنٌ فَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَيْهِ وُجُودًا وَعَدَمًا، وَلَهَا نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ كَتَبْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي. وَإِذَا ثَبَتَ وُجُوبُ الِاسْتِبْرَاءِ وَحُرْمَةُ الوَطْءِ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ. أَوْ لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهَا فِي غَيْرِ المِلْكِ عَلَى اعْتِبَارِ ظُهُورِ الحَبَلِ وَدَعْوَةِ البَائِعِ. بِخِلَافِ

قوله: وَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ إِذَا رَجَعَتِ الآبِقَةُ، أي فيما إذا أبقت ولم تخرج من دار الإسلام، وأمَّا لو أبقت ودخلت دار الحرب ثمَّ أخرجت إلى دار الإسلام بغنيمةٍ أو بشراءٍ وأخذها المولىٰ قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يجب عليه الاستبراء، وقال صاحباه: يجب، كذا في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَهَا نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ، منها: إذا كاتب أمةً ثمَّ عجزت وردت في الرقِّ لا يلزمه الاستبراء، وكذلك إذا باعها علىٰ أنه بالخيار ثلاثة أيَّام وسلم إلى المشتري ثمَّ أبطل البيع في مدة الخيار، ومنها: لا يلزمه الاستبراء إذا أوْدَعها ثمَّ استَردَّها، وكذا إذا أعارها ثمَّ استردها.

الحَائِضِ حَيْثُ لَا تَحْرُمُ الدَّوَاعِي فِيهَا لِأَنَّهُ لَا يُحْتَمَلُ الوُقُوعُ فِي غَيْرِ المِلْكِ، وَلِأَنَّهُ زَمَانُ نَفْرَةٍ فَالْإِطْلَاقُ فِي الدَّوَاعِي لَا يُفْضِي إِلَى الوَطْءِ وَالرَّغْبَةُ فِي المُشْتَرَاةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَصْدَقُ الرَّغَبَاتِ فَتُفْضِي إِلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّوَاعِيَ فِي المَسْبِيَّةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ؛ لِأَنَّهَا لَا يُحْتَمَلُ وُقُوعُهَا فِي غَيْرِ المِلْكِ لِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ بِهَا حَبَلٌ لَا تَصِحُّ دَعْوَةُ الحَرْبِيِّ، بِخِلَافِ المُشْتَرَاةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا. (وَالِاسْتِبْرَاءُ فِي الحَامِلِ بِوَضْعِ الحَمْلِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَفِي ذَوَاتِ الأَشْهُرِ بِالشَّهْرِ) ؛ لِأَنَّهُ أُقِيمَ فِي حَقِّهِنَّ مَقَامَ الحَيْضِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ، وَإِذَا حَاضَتْ فِي أَثْنَائِهِ بَطَلَ الِاسْتِبْرَاءُ بِالْأَيَّامِ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالْبَدَلِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ. فَإِنِ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا تَرَكَهَا، حَتَّىٰ إِذَا تَبَيَّنَ أَنْ لَيْسَتْ بِحَامِلٍ وَقَعَ عَلَيْهَا وَلَيْسَ فِيهِ تَقْدِيرٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَقِيلَ يَتَبَيَّنُ بِشَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَعَنْهُ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ اعْتِبَارًا بِعِدَّةِ الحُرَّةِ وَالْأَمَةِ فِي الوَفَاةِ. وَعَنْ زُفَرَ سَنَتَانِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالِاحْتِيَالِ لِإِسْقَاطِ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا

قوله: وَعَنْهُ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ، كان يقول أولًا: أربعة أشهر وعشرة أيام، اعتبارًا بعدة الوفاة في الحرَّة، ثمَّ رجع وقال: شهران وخمسة أيام، اعتبارًا بعدَّة وفاة الأمة، وعليه الفتوىٰ لأنه متىٰ صلحت هذه المدة للتعرف عن شغل يتوهَّم بالنكاح في الإماء فلأَن يصلح

لِمُحَمَّدٍ) وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَيْنِ فِي الشُّفْعَةِ. وَالْمَأْخُوذُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ البَائِعَ لَمْ يَقْرَبْهَا فِي طُهْرِهَا ذٰلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا قَرِبَهَا. وَالْحِيلَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَحْتَ المُشْتَرِي حُرَّةٌ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا قَبْلَ الشِّرَاءِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا. وَلَوْ كَانَتْ فَالْحِيلَةُ أَنْ يُزَوِّجَهَا البَائِعُ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَوِ المُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ مِمَّنْ يُوثَقُ بِهِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا وَيَقْبِضَهَا ثُمَّ يُطَلِّقَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ المُؤَكَّدِ بِالْقَبْضِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَرْجُهَا حَلَالًا لَهُ لَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ. وَإِنَّ حَلَّ بَعْدَ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ أَوَانُ وُجُودِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةَ الغَيْرِ.

قَالَ: (وَلَا يَقْرَبُ المَظَاهِرُ وَلَا يَلْمِسُ وَلَا يُقَبِّلُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَىٰ فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّىٰ يُكَفِّرَ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ الوَطْءُ إِلَىٰ أَنْ يُكَفِّرَ حَرُمَ الدَّوَاعِي

للتعرُّف عن شغل يتوهَّم بملك اليمين وهو دونه أَوْلىٰ.

قوله: مِمَّنْ يُوثَقُ بِهِ، لأنه إذا لم يوثق به رُبَّما لا يطلقها فلا يحصل المقصود، وفي فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ جاريةً وأراد أن يزوِّجها قبل القبض وخافَ أنه لو زوَّجها من عبده أو أجنبي رُبَّما لا يطلقها الزوج، فالحيلة له أن يزوجها علىٰ أن يكون أمرها بيده يطلقها متىٰ شاء.

قوله: كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةَ الغَيْرِ، يعني إذا اشترىٰ أمةً معتدَّةً وقبضها وانقضت عدتُها بعد القبض لا يجب الاستبراء، لأنَّ عند استحداث الملك المؤكَّد بالقبض لم يكن فرجها حلالًا للمشتري، فلمَّا لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدُّد السبب.

لِلْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ. لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ سَبَبَ الحَرَامِ حَرَامٌ كَمَا فِي الِاعْتِكَافِ وَالْإِحْرَامِ وَفِي المَنْكُوحَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ، بِخِلَافِ حَالَةِ الحَيْضِ وَالصَّوْمِ؛ لِأَنَّ الحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا وَالصَّوْمَ يَمْتَدُّ شَهْرًا فَرْضًا وَأَكْثَرُ العُمْرِ نَفْلًا، فَفِي المَنْعِ عَنْهَا بَعْضُ الحَرَجِ، وَلَا كَذٰلِكَ مَا عَدَدْنَاهَا لِقُصُورِ مُدَدِهَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يُقَبِّلُ وَهُوَ صَائِمٌ وَيُضَاجِعُ نِسَاءَهُ وَهُنَّ حُيَّضٌ».

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ أَمَتَانِ أُخْتَانِ فَقَبَّلَهُمَا بِشَهْوَةٍ فَإِنَّهُ لَا يُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا وَلَا يُقَبِّلُهَا وَلَا يَمَسُّهَا بِشَهْوَةٍ وَلَا يَنْظُرُ إِلَىٰ فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّىٰ يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَىٰ غَيْرُهُ بِمِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يُعْتِقُهَا) ، وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ المَمْلُوكَتَيْنِ لَا يَجُوزُ وَطْئًا لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وَلَا يُعَارَضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] ؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لِلْمُحَرِّمِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الجَمْعُ

قوله: لِأَنَّ الحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا، أي قريبًا من شطر عُمرها وهو عشرة أيَّام في كل شهرٍ فكان قريبًا من خمسة عشرة يومًا وهي نصف الشهر.

قوله: وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ المَمْلُوكَتَيْنِ لَا يَجُوزُ وَطْئًا، لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ وَلَا يُعَارَضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لِلْمُحَرِّمِ، كان في هذا الفصل اختلافٌ بين عثمان وعلي رضي الله عنهما، فكان عثمان رضي الله تعالىٰ عنه يقول: أحلتهما آية، يعني قوله تعالىٰ: ﴿أَوْ مَا

بَيْنَهُمَا فِي الدَّوَاعِي لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّ الدَّوَاعِيَ إِلَىٰ الوَطْءِ بِمَنْزِلَةِ الوَطْءِ فِي التَّحْرِيمِ عَلَىٰ مَا مَهَّدْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، فَإِذَا قَبَّلَهُمَا فَكَأَنَّهُ وَطِئَهُمَا، وَلَوْ وَطِئَهُمَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَامِعَ إِحْدَاهُمَا وَلَا أَنْ يَأْتِيَ بِالدَّوَاعِي فِيهِمَا، فَكَذَا إِذَا قَبَّلَهُمَا وَكَذَا إِذَا مَسَّهُمَا بِشَهْوَةٍ أَوْ نَظَرَ إِلَىٰ فَرْجِهِمَا بِشَهْوَةٍ لِمَا بَيَّنَّا إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَىٰ غَيْرُهُ بِمِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يُعْتِقَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ عَلَيْهِ فَرْجُهَا لَمْ يَبْقَ جَامِعًا. وَقَوْلُهُ بِمِلْكٍ أَرَادَ بِهِ مِلْكَ يَمِينٍ فَيَنْتَظِمُ التَّمْلِيكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِهِ بَيْعًا أَوْ غَيْرَهُ، وَتَمْلِيكُ الشِّقْصِ فِيهِ كَتَمْلِيكِ الكُلِّ؛ لِأَنَّ الوَطْءَ يَحْرُمُ بِهِ، وَكَذَا إِعْتَاقُ البَعْضِ مِنْ إِحْدَاهُمَا كَإِعْتَاقِ كُلِّهَا، وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالْإِعْتَاقِ فِي هٰذَا لِثُبُوتِ حُرْمَةِ الوَطْءِ بِذٰلِكَ كُلِّهِ،

مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وحرَّمَتْهما آيةٌ يعني قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ وكان يتوقَّف فيه، وكان عليٌّ رضي الله تعالىٰ عنه يرجح المُحَرِّم، لأنه إن كان المراد الجمع بينهما وطئًا فهو نصٌّ خاصٌ، وإن كان الجمع بينهما نكاحًا فالنكاح سببٌ مشروعٌ للوطء، فحرمة الجمع بينهما نكاحًا دليلٌ علىٰ حرمة الجمع بينهما وطئًا، فأخذنا بقول عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه احتياطًا لتغليب الحرمة على الإباحة، فإن قيل: الأصل في الدلائل الجمع وأمكن ههنا بأن يحمل قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا﴾ على النكاح وقوله تعالىٰ: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ على ملك اليمين؟ قلنا: المعنى الذي حرم الجمع بين الأختين نكاحاً وجد ههنا، وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضًا، ولأنَّ قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ مخصوصٌ بالإجماع، فإنَّ أمه وأخته من الرضاع والأمة المجوسية حرامٌ، فلا تعارضَ ما ليس بمخصوصٍ وهو المحرم للجمع.

قوله: وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالْإِعْتَاقِ فِي هٰذَا، أي في أنه يحلُّ وطء الأخرىٰ، وفي المبسوط:

وَبِرَهْنِ إِحْدَاهُمَا وَإِجَارَتِهَا وَتَدْبِيرِهَا لَا تَحِلُّ الأُخْرَىٰ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهَا لَا تَخْرُجُ بِهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَقَوْلُهُ «أَوْ نِكَاحٍ» أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ. أَمَّا إِذَا زَوَّجَ إِحْدَاهُمَا نِكَاحًا فَاسِدًا لَا يُبَاحُ لَهُ وَطْءُ الأُخْرَىٰ إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ الزَّوْجُ بِهَا فِيهِ؛ لِأَنَّهُ تَجِبُ العِدَّةُ عَلَيْهَا، وَالْعِدَّةُ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي التَّحْرِيمِ. وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا حَلَّ لَهُ وَطْءُ المَوْطُوءَةِ دُونَ الأُخْرَىٰ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بِوَطْءِ الأُخْرَىٰ لَا بِوَطْءِ المَوْطُوءَةِ. وَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ لَا يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ بِمَنْزِلَةِ الأُخْتَيْنِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَبِّلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَوْ يَدَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعَانِقَهُ) وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا بَأْسَ بِالتَّقْبِيلِ وَالْمُعَانَقَةِ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَانَقَ جَعْفَرًا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حِينَ قَدِمَ مِنَ الحَبَشَةِ وَقَبَّلَ بَيْنَ عَيْنَيْهِ» وَلَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ المُكَامَعَةِ وَهِيَ المُعَانَقَةُ، وَعَنِ المُكَاعَمَةِ وَهِيَ التَّقْبِيلُ» . وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَا قَبْلَ التَّحْرِيمِ. قَالُوا: الخِلَافُ فِي المُعَانَقَةِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا

هذا الجواب في الكتابة مشكلٌ، لأنَّها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولىٰ حتى لا يلزمه استبْراء جديدٌ بعد العجز ولم يحلَّ فرجها لغيره، فكان ينبغي أن لا يحلَّ له وطء الأخرىٰ، ولكن قال: ملك المولىٰ يزول بالكتابة، ولهذا يلزمه العقر بوطئها، فكان وطؤه إيَّاها في غير ملكه حتَّىٰ لا ينفكَّ عن عقوبةٍ أو غرامةٍ وقد سقطت العقوبة فتجبُ الغرامة فيجعل زوال

كَانَ عَلَيْهِ قَمِيصٌ أَوْ جُبَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِهَا بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالْمُصَافَحَةِ) ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَوَارَثُ. وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ صَافَحَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ وَحَرَّكَ يَدَهُ تَنَاثَرَتْ ذُنُوبُهُ».

ملك الحلِّ عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحلُّ له أن يطأ الأخرىٰ.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِالْمُصَافَحَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَوَارَثُ، ورخَّص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورِّع علىٰ سبيل التبرُّك، وعن سفيان رحمه الله تعالىٰ: قال: تقبيل يد العالم سنةٌ، وتقبيل يد غيره لا يرخَّص فيه، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ: هو المختار، وما يفعله الجُهَّال من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فهو مكروهٌ فلا رخصةَ فيه، وما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدي العلماء فحرامٌ، والفاعل والراضي به آثمان لأنَّهُ يشبه عبادة الوثن، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: أنه لا يكفر بهذا السجود لأنَّهُ يريد به التحيَّة دون العبادة، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: السجود لغير الله تعالىٰ على وجه التعظيم كفرٌ، وأمَّا القيام لتعظيم الغير، فعن الشيخ أبي القاسم الحكيم أنه كان إذا دَخَلَ أحدٌ من الأغنياء يقوم له ويعظمه، ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم، فقيل له في ذلك فقال: لأنَّ الأغنياء يتوقَّعون مني التعظيم، فلو تركتُ تعظيمهم لتضرَّروا، ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم من ذلك، وإنَّما يطمعون مني جواب السلام والتكلُّم معهم في العلم ونحوه، فلا يتضرَّرون بتَرْك القيام، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي البَيْعِ

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينِ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ العَذِرَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ السِّرْقِينِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ فَشَابَهُ العَذِرَةَ وَجِلْدَ المَيْتَةِ قَبْلَ الدِّبَاغِ. وَلَنَا أَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُلْقَىٰ فِي الأَرَاضِي لِاسْتِكْثَارِ الرِّيعِ فَكَانَ مَالًا، وَالْمَالُ مَحَلٌّ لِلْبَيْعِ. بِخِلَافِ العَذِرَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا مَخْلُوطًا. وَيَجُوزُ بَيْعُ المَخْلُوطِ هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَكَذَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِالْمَخْلُوطِ لَا بِغَيْرِ المَخْلُوطِ فِي الصَّحِيحِ، وَالْمَخْلُوطُ بِمَنْزِلَةِ زَيْتٍ خَالَطَتْهُ النَّجَاسَةُ.

فصل في البيع

قوله: وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينِ، رُوِيَ أنَّ سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه كان يُعِرُّ أرضه بنفسه ويقول: مكيل غير مكتلٍ، عرَّ الأرض: إذا أصْلَحَها بالعرَّة وهي السرقين.

قوله: وَيُكْرَهُ بَيْعُ العَذِرَةِ، وهي رجيع الآدميِّ، قال الشيخ أبو منصور رحمه الله تعالىٰ: كل ما انفصل من الآدميِّ لا يجوز الانتفاع به، نحو الظفر والشعر والعذرة، وما انفصل من غير الآدميِّ من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به.

قوله: لَا بِغَيْرِ المَخْلُوطِ فِي الصَّحِيحِ، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنه لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة.

قَالَ: (وَمَنْ عَلِمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لِرَجُلٍ فَرَأَىٰ آخَرَ يَبِيعُهَا وَقَالَ وَكَّلَنِي صَاحِبُهَا بِبَيْعِهَا فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنَّهُ يَبْتَاعُهَا وَيَطَؤُهَا) ؛ لِأَنَّهُ أُخْبِرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ لَا مُنَازِعَ لَهُ، وَقَوْلُ الوَاحِدِ فِي المُعَامَلَاتِ مَقْبُولٌ عَلَىٰ أَيِّ وَصْفٍ كَانَ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ. وَكَذَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ أَوْ وَهَبَهَا لِي أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ لِمَا قُلْنَا. وَهٰذَا إِذَا كَانَ ثِقَةً. وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ، وَأَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ؛ لِأَنَّ عَدَالَةَ المُخْبِرِ فِي المُعَامَلَاتِ غَيْرُ لَازِمَةٍ لِلْحَاجَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ لَمْ يَسَعْ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ أَكْبَرَ الرَّأْيِ يُقَامُ مَقَامَ اليَقِينِ، وَكَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا لِفُلَانٍ،

قوله: لِأَنَّهُ أُخْبِرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ، أي صادرٍ عن عقلٍ وتمييزٍ.

قوله: عَلَىٰ أَيِّ وَصْفٍ كَانَ، أي بعد أن كان مميزًا عاقلًا، سواءٌ كان حرًّا أو عبدًا، مسلمًا أو كافرًا، رجلًا أو امرأةً.

قوله: لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي في فصل الأكل والشرب في: ومن أرسل أجيرًا له مجوسيًّا، وتأويل قوله بعد هذا: وَهٰذَا إِذَا كَانَ ثِقَةً، يعني أنه ممن يعتمد علىٰ كلامه وإن كان فاسقًا لأنَّهُ يجوز أن يكون فاسقًا صادق القول لا يكذب ألبتة لمروءته.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ لَمْ يَسَعْ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ، لأنَّ أكبَر الرأي كاليقين، قال عليه الصلاة والسلام لوابصة بن معبد: «ضَعْ يدكَ علىٰ صدركَ واستفتِ قلبكَ، فما حاكَ في صدركَ فدعه وإن أفتاكَ الناس به» وقال محمد رحمه الله تعالىٰ في الأصل: وأكبر الرأي مجوِّزٌ للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء، فإنَّ من تزوَّج امرأةً فأدْخلها عليه إنسانٌ وأخبَره أنَّها امرأته وسعه أن يعتمد خبره إذا كان ثقةً

وَلٰكِنْ أَخْبَرَهُ صَاحِبُ اليَدِ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَأَنَّهُ وَكَّلَهُ بِبَيْعِهَا أَوِ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَالْمُخْبِرُ ثِقَةٌ قُبِلَ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ رَأْيِهِ؛ لِأَنَّ إِخْبَارَهُ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْهُ صَاحِبُ اليَدِ بِشَيْءٍ. فَإِنْ كَانَ عَرَّفَهَا لِلأَوَّلِ لَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّىٰ يَعْلَمَ انْتِقَالَهَا إِلَىٰ مِلْكِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ يَدَ الأَوَّلِ دَلِيلُ مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذٰلِكَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا وَإِنْ كَانَ ذُو اليَدِ فَاسِقًا؛ لِأَنَّ يَدَ الفَاسِقِ دَلِيلُ المِلْكِ فِي حَقِّ الفَاسِقِ وَالْعَدْلِ وَلَمْ

عنده، أو كان في أكبَر رأيه أنه صادق فيغشاها، وكذلك لو دخل رجلٌ علىٰ غيره ليلًا وهو شاهر سيفه مادٌّ رمحه يشدُّ نحوه فإنَّ صاحب المنزل يحكم رأيه، فإن كان أكبر رأيه أنه لِصٌّ قصد قتله وأخذ ماله وخافَ أنه إن صاح يبادره بالضرب، فلا بأسَ بأن يشدَّ عليه بالسيف ويتعدَّىٰ عليه قبل أن يغشى هو به، وإن كان أكبَر رأيه أنه هاربٌ من اللُّصوص لا ينبغي له أن يعجل بقتله، وإن قتله وفي رأيه أنه لِصٌّ ثمَّ تبيَّن أنه رجلٌ صالحٌ القياس أن يقتصَّ، وفي الاستحسان عليه الدية، وهي مسئلة كتاب الإكراه، فعُلِمَ بِهذا أنَّ فيما هو أهمُّ الأمور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها بأكبَر الرأي عند الحاجة، مع أنَّ الغلط إذا وقع لا يمكن تداركه، وفيما دون ذلك أوْلىٰ.

قوله: لِأَنَّ يَدَ الفَاسِقِ دَلِيلُ المِلْكِ فِي حَقِّ الفَاسِقِ وَالْعَدْلِ، أي في حقِّ الناس كافةً لأنَّ اليد دليل الملك شرعـًا، والفاسقُ والعدلُ في هذا سواءٌ، حتَّىٰ إذا نازعه غيره فالقولُ له، ويحلُّ لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك ولم يعارضه معارضٌ، ولا معتبَرَ بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر، إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذٍ يستحبُّ له أن يتنزَّه، وذلك كدُرَّةٍ مثلًا في يد فقيرٍ لا يملك شيئـًا، أو رأىٰ كتابـًا في يد جاهلٍ ولم يكن في آبائه من هو أهلٌ لذلك، فيظنُّ كل واحدٍ أنه سارقٌ لذلك العين فكان التنزُّه عن شرائه أفضل.

يُعَارِضْهُ مُعَارِضٌ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِأَكْبَرِ الرَّأْيِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلِيلِ الظَّاهِرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ لَا يَمْلِكُ مِثْلَ ذٰلِكَ، فَحِينَئِذٍ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَنَزَّهَ، وَمَعَ ذٰلِكَ لَوِ اشْتَرَاهَا يُرْجَىٰ أَنْ يَكُونَ فِي سَعَةٍ مِنْ ذٰلِكَ لِاعْتِمَادِهِ الدَّلِيلَ الشَّرْعِيَّ. وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا عَبْدًا أَوْ أَمَةً لَمْ يَقْبَلْهَا وَلَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّىٰ يَسْأَلَ؛ لِأَنَّ المَمْلُوكَ لَا مِلْكَ لَهُ فَيَعْلَمُ أَنَّ المِلْكَ فِيهَا لِغَيْرِهِ، فَإِنْ أَخْبَرَهُ أَنَّ مَوْلَاهُ أَذِنَ لَهُ وَهُوَ ثِقَةٌ قُبِلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ الرَّأْيِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ لَمْ يَشْتَرِهَا لِقِيَامِ الحَاجِرِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ.

قَالَ: (وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخْبَرَهَا ثِقَةٌ أَنَّ زَوْجَهَا الغَائِبَ مَاتَ عَنْهَا، أَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا أَوْ كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ وَأَتَاهَا بِكِتَابٍ مِنْ زَوْجِهَا بِالطَّلَاقِ، وَلَا تَدْرِي أَنَّهُ كِتَابُهُ أَمْ لَا. إِلَّا أَنَّ أَكْبَرَ رَأْيِهَا أَنَّهُ حَقٌّ) يَعْنِي بَعْدَ التَّحَرِّي (فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَعْتَدَّ ثُمَّ تَتَزَوَّجَ)؛ ....

قوله: وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا، أي بالجارية، لأنَّ هذا كله مبنيٌّ على قوله: ومن علم بجاريةٍ أنَّها لفلان فرأىٰ آخر يبيعها.

قوله: لَمْ يَقْبَلْهَا، أي إذا تركها عنده أو وهبها منه.

قوله: لِقِيَامِ الحَاجِرِ، بالرَّاء المهملة أي المانع، لأنَّ يد المملوك ليسَ بمطلق للتصرف.

قوله: وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخْبَرَهَا ثِقَةٌ – إلىٰ قوله – فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَعْتَدَّ ثُمَّ تَتَزَوَّجَ، هذا في الإخبار، وأمَّا في الشهادة فلا يصحُّ وإن كان الشاهد اثنين حيث لا يقضي القاضي بالفرقة

لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ وَلَا مُنَازِعَ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ لِرَجُلٍ طَلَّقَنِي زَوْجِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا. وَكَذَا إِذَا قَالَتِ المُطَلَّقَةُ الثَّلَاثَ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ بِزَوْجٍ آخَرَ، وَدَخَلَ بِي ثُمَّ طَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا الزَّوْجُ الأَوَّلُ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ جَارِيَةٌ كُنْتُ أَمَةَ فُلَانٍ فَأَعْتَقَنِي؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ. وَلَوْ أَخْبَرَهَا مُخْبِرٌ أَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ فَاسِدًا أَوْ كَانَ الزَّوْجُ حِينَ تَزَوَّجَهَا مُرْتَدًّا أَوْ أَخَاهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ حَتَّىٰ يَشْهَدَ بِذٰلِكَ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ. وَكَذَا إِذَا أَخْبَرَهُ مُخْبِرٌ أَنَّكَ تَزَوَّجْتَهَا وَهِيَ مُرْتَدَّةٌ أَوْ أُخْتُكَ مِنَ الرَّضَاعَةِ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِأُخْتِهَا أَوْ أَرْبَعٍ سِوَاهَا حَتَّىٰ يَشْهَدَ بِذٰلِكَ عَدْلَانِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِفَسَادٍ مُقَارِنٍ، وَالْإِقْدَامُ عَلَى العَقْدِ يَدُلُّ عَلَىٰ صِحَّتِهِ وَإِنْكَارِ فَسَادِهِ فَثَبَتَ المُنَازِعُ بِالظَّاهِرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ المَنْكُوحَةُ صَغِيرَةً فَأَخْبَرَ الزَّوْجُ أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّهِ أَوْ أُخْتِهِ حَيْثُ يُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهِ؛ لِأَنَّ

لأنَّها قضاءٌ على الغائب، وفي التَّتِمَّة: إذا شهد اثنان أنَّ فلان ابن فلان طلَّق امرأته والزوج غائبٌ لا تقبل، وإن شهدا عند المرأة حلَّ لها أن تعتدَّ وتتزوج بزوجٍ آخر، وكذا إذا شهد عندها رجلٌ عدلٌ ووقعَ في قلبها أنه صادقٌ.

قوله: لِأَنَّ القَاطِعَ - أي للزوجية - طَارِئٌ وَلَا مُنَازِعَ، بخلاف ما إذا أخبره أنَّ أصل النكاح كان فاسدًا وأخواته، لأنَّ المفسد مقارنٌ والإقدام على العقد يدلُّ علىٰ صحته وإنكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر، فالحاصل أنَّا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا إلى الإلزام وقبلناه في موضع المسالمة لعدمه.

القَاطِعَ طَارِئٌ، وَالْإِقْدَامُ الأَوَّلُ لَا يَدُلُّ عَلَى انْعِدَامِهِ فَلَمْ يَثْبُتِ المُنَازِعُ فَافْتَرَقَا، وَعَلَىٰ هٰذَا الحَرْفِ يَدُورُ الفَرْقُ. وَلَوْ كَانَتْ جَارِيَةٌ صَغِيرَةٌ لَا تُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهَا فِي يَدِ رَجُلٍ يَدَّعِي أَنَّهَا لَهُ فَلَمَّا كَبُرَتْ لَقِيَهَا رَجُلٌ فِي بَلَدٍ آخَرَ فَقَالَتْ أَنَا حُرَّةُ الأَصْلِ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِتَحَقُّقِ المُنَازِعِ وَهُوَ ذُو اليَدِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ المُسْلِمُ خَمْرًا وَأَخَذَ ثَمَنَهَا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ البَائِعُ نَصْرَانِيًّا فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَالْفَرْقُ أَنَّ البَيْعَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ قَدْ بَطَلَ؛ لِأَنَّ الخَمْرَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوَّمٍ فِي حَقِّ المُسْلِمِ فَبَقِيَ الثَّمَنُ عَلَىٰ مِلْكِ المُشْتَرِي فَلَا يَحِلُّ أَخْذُهُ مِنَ البَائِعِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي صَحَّ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ فَمَلَكَهُ البَائِعُ فَيَحِلُّ الأَخْذُ مِنْهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ الِاحْتِكَارُ فِي أَقْوَاتِ الآدَمِيِّينَ وَالْبَهَائِمِ إذَا كَانَ ذٰلِكَ فِي بَلَدٍ يَضُرُّ الِاحْتِكَارُ بِأَهْلِهِ وَكَذٰلِكَ التَّلَقِّي. فَأَمَّا إذَا كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَأْسَ

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الحَرْفِ يَدُورُ الفَرْقُ، هو أنَّ المفسد إذا كان طارئـًا يثبت بخبر الواحد العدل، وإن كان مقارنـًا فلا يثبت حتَّىٰ يشهد بذلك عدلان.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أراد قوله: لَوْ قَالَتْ جَارِيَةٌ كُنْتُ أَمَةً لِفُلَانٍ فَأَعْتَقَنِي.

قوله: وَيُكْرَهُ الِاحْتِكَارُ، وهو حبس الطعام المشترىٰ من فسطاط المسلمين، أي مذهبهم متربِّصـًا للغلاء.

بِهِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ» وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ، وَفِي الِامْتِنَاعِ عَنِ البَيْعِ إِبْطَالُ حَقِّهِمْ وَتَضْيِيقُ الأَمْرِ عَلَيْهِمْ فَيُكْرَهُ إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ ذٰلِكَ بِأَنْ كَانَتِ البَلْدَةُ صَغِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِأَنْ كَانَ المِصْرُ كَبِيرًا؛ لِأَنَّهُ حَابِسٌ مِلْكَهُ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِغَيْرِهِ، وَكَذٰلِكَ التَّلَقِّي عَلَىٰ هٰذَا التَّفْصِيلِ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «؛ نَهَىٰ عَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ وَعَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ». قَالُوا هٰذَا إِذَا لَمْ يُلَبِّسِ المُتَلَقِّي عَلَى التُّجَّارِ سِعْرَ البَلْدَةِ. فَإِنْ لَبَّسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَادِرٌ بِهِمْ. وَتَخْصِيصُ الِاحْتِكَارِ بِالْأَقْوَاتِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتِّبْنِ وَالْقَتِّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - كُلُّ مَا أَضَرَّ بِالْعَامَّةِ حَبْسُهُ فَهُوَ احْتِكَارٌ وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً أَوْ ثَوْبًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ قَالَ: لَا احْتِكَارَ فِي الثِّيَابِ؛ فَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ حَقِيقَةَ الضَّرَرِ

قوله: وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ، قيل اللَّعن علىٰ نوعين: أحدهما: الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون إلا للكافر، والثاني: الإبعاد عن درجة الأبرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا، لأنَّ عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب كبيرةٍ.

قوله: فَإِنْ لَبَّسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الوَجْهَيْنِ، أي سواءٌ أضرَّ بأهل البلدة أو لم يضر لأنَّهُ بتلبيس السعر غَادَرَهُم.

قوله: وَتَخْصِيصُ الِاحْتِكَارِ بِالْأَقْوَاتِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتِّبْنِ وَالْقَتِّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وهو قول محمد رحمه الله تعالىٰ أيضـًا، وعليه الفتوىٰ.

إِذْ هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الكَرَاهَةِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتَبَرَ الضَّرَرَ المَعْهُودَ المُتَعَارَفَ. ثُمَّ المُدَّةُ إِذَا قَصُرَتْ لَا يَكُونُ احْتِكَارًا لِعَدَمِ الضَّرَرِ، وَإِذَا طَالَتْ يَكُونُ احْتِكَارًا مَكْرُوهًا لِتَحَقُّقِ الضَّرَرِ. ثُمَّ قِيلَ: هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِأَرْبَعِينَ يَوْمًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ احْتكَرَ طَعَامًا أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِئَ مِنَ اللهِ وَبَرِئَ اللهُ مِنْهُ» وَقِيلَ بِالشَّهْرِ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ قَلِيلٌ عَاجِلٌ، وَالشَّهْرُ وَمَا فَوْقَهُ كَثِيرٌ آجِلٌ، وَقَدْ مَرَّ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَيَقَعُ التَّفَاوُتُ فِي المَأْثَمِ بَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ العِزَّةَ وَبَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ القَحْطَ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ، وَقِيلَ المُدَّةُ لِلْمُعَاقَبَةِ فِي الدُّنْيَا إِمَّا يَأْثَمُ وَإِنْ قَلَّتِ المُدَّةُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ التِّجَارَةَ فِي الطَّعَامِ غَيْرُ مَحْمُودَةٍ.

قَالَ: (وَمَنْ احْتكَرَ غَلَّةَ ضَيْعَتِهِ أَوْ مَا جَلَبَهُ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ فَلَيْسَ بِمُحْتكِرٍ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَزْرَعَ فَكَذٰلِكَ لَهُ أَنْ لَا يَبِيعَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَالْمَذْكُورُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ حَقَّ العَامَّةِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَا جُمِعَ فِي المِصْرِ وَجُلِبَ إِلَىٰ فِنَائِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ:

قوله: وَبَرِئَ اللهُ تَعَالَىٰ مِنْهُ، أي خَذَلَه، والخذلان ترك النصر عند الحاجة.

قوله: وَالْحَاصِلُ أَنَّ التِّجَارَةَ فِي الطَّعَامِ غَيْرُ مَحْمُودَةٍ، هذا إذا كان علىٰ قصد الاحتكار وتربُّص الغلاء وقصد الإضرار بالناس، أمَّا إذا لم يكن شيءٌ من ذلك فهو محمودٌ لأنَّ الكاسبَ صديقُ الله.

كُلُّ مَا يُجْلَبُ مِنْهُ إِلَى المِصْرِ فِي الغَالِبِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ فِنَاءِ المِصْرِ يَحْرُمُ الِاحْتِكَارُ فِيهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَامَّةِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ البَلَدُ بَعِيدًا لَمْ تَجْرِ العَادَةُ بِالْحَمْلِ مِنْهُ إِلَى المِصْرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ.

[تَسْعِيرُ الوَالِي]

قَالَ: (وَلَا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُسَعِّرُوا فَإِنَّ اللهَ هُوَ المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّازِقُ» وَلِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّ العَاقِدِ فَإِلَيْهِ تَقْدِيرُهُ، فَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِحَقِّهِ إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ دَفْعُ ضَرَرِ العَامَّةِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ. وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي هٰذَا الأَمْرُ يَأْمُرُ المُحْتَكِرَ بِبَيْعِ مَا فَضَلَ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ أَهْلِهِ عَلَى اعْتِبَارِ السَّعَةِ فِي ذٰلِكَ وَيَنْهَاهُ عَنِ الِاحْتِكَارِ، فَإِنْ رُفِعَ إِلَيْهِ مَرَّةً أُخْرَىٰ حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ عَلَىٰ مَا يَرَىٰ زَجْرًا لَهُ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، فَإِنْ كَانَ أَرْبَابُ الطَّعَامِ يَتَحَكَّمُونَ وَيَتَعَدَّوْنَ عَنِ القِيمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا،

[تسعير الوالي]

قوله: إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ دَفْعُ ضَرَرِ العَامَّةِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ، والبيانُ في قوله: ويتعدُّون عن القيمة تعديًّا فاحشـًا بأن يبيعوا نصفَ ما يُباع به، كما إذا باعوا قفيزًا بمائةٍ وهو يشتري بخمسين.

قوله: فَإِنْ رُفِعَ إِلَيْهِ مَرَّةً أُخْرَىٰ حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ، وفي الجامع الصغير: فإن رفع إليه مرَّةً أخرىٰ وَعَظه وحزره، فإن رفع إليه مرَّةً ثالثة فحينئذٍ حبسه.

وَعَجَزَ القَاضِي عَنْ صِيَانَةِ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ إلَّا بِالتَّسْعِيرِ فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِهِ بِمَشُورَةٍ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَالْبَصِيرَةِ، فَإِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ وَتَعَدَّىٰ رَجُلٌ عَنْ ذٰلِكَ وَبَاعَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ أَجَازَهُ القَاضِي، وَهٰذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الحَجْرَ عَلَى الحُرِّ وَكَذَا عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَجْرُ عَلَىٰ قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ. وَمَنْ بَاعَ مِنْهُمْ بِمَا قَدَّرَهُ الإِمَامُ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ عَلَى البَيْعِ، هَلْ يَبِيعُ القَاضِي عَلَى المُحْتَكِرِ طَعَامَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ. قِيلَ هُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ الَّذِي عُرِفَ فِي بَيْعِ مَالِ المَدْيُونِ، وَقِيلَ يَبِيعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَرَى الحَجْرَ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ، وَهٰذَا كَذٰلِكَ.

[بَيْعُ السِّلَاحِ فِي زَمَنِ الفِتْنَة]

قَالَ: (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ فِي أَيَّامِ الفِتْنَةِ) مَعْنَاهُ مِمَّنْ يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ؛ لِأَنَّهُ تَسْبِيبٌ إِلَى المَعْصِيَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي السِّيَرِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَعْمِلَهُ فِي الفِتْنَةِ فَلَا يُكْرَهُ بِالشَّكِّ.

[بَيْعُ العَصِيرِ لِمَنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا]

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ العَصِيرِ مِمَّنْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا) ؛ لِأَنَّ المَعْصِيَةَ لَا تُقَامُ بِعَيْنِهِ بَلْ بَعْدَ تَغْيِيرِهِ، بِخِلَافِ بَيْعِ السِّلَاحِ فِي أَيَّامِ الفِتْنَةِ لِأَنَّ

قوله: وَكَذَا عِنْدَهُمَا، لأنَّهُ حجر علىٰ قوم مجهولين، فلا يصحُّ إلا أن يكون علىٰ

الْمَعْصِيَةَ تَقُومُ بِعَيْنِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَجَّرَ بَيْتًا لِيُتَّخَذَ فِيهِ بَيْتُ نَارٍ أَوْ كَنِيسَةٌ أَوْ بِيعَةٌ أَوْ يُبَاعُ فِيهِ الْخَمْرُ بِالسَّوَادِ فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُكْرِيَهُ لِشَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ. وَلَهُ أَنَّ الْإِجَارَةَ تَرِدُ عَلَىٰ مَنْفَعَةِ الْبَيْتِ، وَلِهٰذَا تَجِبُ الْأُجْرَةُ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ، وَلَا مَعْصِيَةَ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْمَعْصِيَةُ بِفِعْلِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهُوَ مُخْتَارٌ فِيهِ فَقَطَعَ نِسْبَتَهُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَهُ بِالسَّوَادِ لِأَنَّهُمْ لَا يُمَكَّنُونَ مِنِ اتِّخَاذِ الْبِيَعِ وَالْكَنَائِسِ وَإِظْهَارِ بَيْعِ الْخُمُورِ وَالْخَنَازِيرِ فِي الْأَمْصَارِ لِظُهُورِ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ فِيهَا. بِخِلَافِ السَّوَادِ. قَالُوا: هٰذَا كَانَ فِي سَوَادِ الْكُوفَةِ، لِأَنَّ غَالِبَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ. فَأَمَّا فِي سَوَادِنَا فَأَعْلَامُ الْإِسْلَامِ فِيهَا ظَاهِرَةٌ فَلَا يُمَكَّنُونَ فِيهَا أَيْضًا، وَهُوَ الْأَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمْرًا فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الْأَجْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكْرَهُ لَهُ ذٰلِكَ) ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَعَنَ فِي

قومٍ بأعيانِهم.

قوله: وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمْرًا فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الْأَجْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكْرَهُ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ، قال الله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ [المائدة: ٢]، وله أنَّ المعصية في شربِها وهو فعل فاعلٍ مختارٍ، وليس الشرب من ضرورات الحمل لأنَّ الشرب

الخَمْرِ عَشْرًا حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَ إِلَيْهِ» لَهُ أَنَّ المَعْصِيَةَ فِي شُرْبِهَا وَهُوَ فِعْلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ، وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِنْ ضَرُورَاتِ الحَمْلِ وَلَا يُقْصَدُ بِهِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الحَمْلِ المَقْرُونِ بِقَصْدِ المَعْصِيَةِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ بِنَاءِ بُيُوتِ مَكَّةَ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ أَرْضِهَا) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. ....

قد يوجد بدون الحمل، ولا الحمل من ضرورات الشرب لأنَّ الحمل قد يوجد للإراقة والصبِّ في الخل ليتخلَّل فلم تكن المعصية من لوازم الحمل، بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم توجب كراهة الحمل، فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو لقطعه، وهذا قياسٌ، وقولهما استحسانٌ.

قوله: **وَلَا يُقْصَدُ بِهِ**، أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذميِّ، بل مقصوده تحصيل الأجرة، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ في الأصل: لو آجر المسلم دارًا من ذميٍّ ليسكنها، فإن شرب فيها الخمرَ أو عبدَ فيها الصليبَ لم يلحق المسلم إثمَ شيءٍ من ذلك، لأنَّ المعصية في قصد المستأجر دون ربِّ الدار فلا إثمَ عليه، وذكر الإمام السرخسي رحمه الله تعالىٰ في باب الإجارة الفاسدة: وهو من باع جاريةً ممَّن لا يستبرئها أو يأتيها في غير المأتى لم يلحق البائع إثمٌ بشيءٍ من فعل المشتري، وكذا قال فيمن باع غلامـًا من فاسقٍ يقصد الفاحشة به: ولو كان مستأجر الدار مسلمـًا فظهَرَ منه فِسقٌ في الدار وكان يجمع الناس على الشرب فيها منعه رب الدار علىٰ سبيل النهي عن المنكر فإنه فرضٌ علىٰ كل مسلمٍ، صاحب الدار وغيره فيه سواءٌ، وليسَ لربِّ الدار أن يخرجه منها مسلمـًا كان أو ذميًّا لأنَّ عقد الإجارة لازمٌ لا يفسخ إلا بعذرٍ، والعذر ضررٌ يزول بفسخ الإجارة، وهذا ليسَ من ذلك، أرأيتَ لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع بما ظهرَ منه لا سبيلَ له إلىٰ ذلك فكذا الإجارة، كذا ذكره

وَقَالَا: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ أَرْضِهَا أَيْضًا. وَهٰذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ لِظُهُورِ الِاخْتِصَاصِ الشَّرْعِيِّ بِهَا فَصَارَ كَالْبِنَاءِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا إِنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ لَا تُبَاعُ رِبَاعُهَا وَلَا تُورَثُ» وَلِأَنَّهَا حُرَّةٌ مُحْتَرَمَةٌ لِأَنَّهَا فِنَاءُ الكَعْبَةِ. وَقَدْ ظَهَرَ آيَةُ أَثَرِ التَّعْظِيمِ فِيهَا حَتَّىٰ لَا يُنَفَّرَ صَيْدُهَا وَلَا يُخْتَلَىٰ خَلَاهَا وَلَا يُعْضَدُ شَوْكُهَا، فَكَذَا فِي حَقِّ البَيْعِ، بِخِلَافِ البِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِ البَانِي. وَيُكْرَهُ إِجَارَتُهَا أَيْضًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ آجَرَ أَرْضَ مَكَّةَ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ الرِّبَا» وَلِأَنَّ أَرَاضِيَ مَكَّةَ تُسَمَّىٰ السَّوَائِبَ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَنِ احْتَاجَ إِلَيْهَا سَكَنَهَا وَمَنِ اسْتَغْنَىٰ عَنْهَا أُسْكِنَ غَيْرُهُ (وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَّالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ يُكْرَهُ لَهُ ذٰلِكَ) ؛ لِأَنَّهُ مَلَّكَهُ ....

فخر الإسلام والمحبوبي رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: وَقَالَا: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ أَرْضِهَا أَيْضًا، وَهٰذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ لِظُهُورِ الِاخْتِصَاصِ الشَّرْعِيِّ بِهَا، لتوارث بيعها وقسمتها في المواريث من الصدر الأوَّل إلىٰ يومنا هذا من غير نكيرٍ، يُؤيِّده ما رُويَ أنَّ عليًّا رضي الله عنه لمَّا دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى النزول في داره، قال عليه الصلاة والسلام: «هل ترك لنا عقيلٌ من دارٍ؟» يعني استولّىٰ عليها بملكها، فدلَّ علىٰ أنَّ عقار مكة عرضةٌ للتملُّك.

قوله: وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَّالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ يُكْرَهُ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَلَّكَهُ

قَرْضًا جَرَّ بِهِ نَفْعًا، وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ حَالًا فَحَالًا. «وَنَهَىٰ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا»، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَوْدِعَهُ ثُمَّ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ جُزْءًا فَجُزْءًا؛ لِأَنَّهُ وَدِيعَةٌ وَلَيْسَ بِقَرْضٍ، حَتَّىٰ لَوْ هَلَكَ لَا شَيْءَ عَلَى الآخِذِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قَرْضًا، ومعنى المسئلة أنَّ رجلًا فقيرٌ له درهمٌ يخافُ لو كان في يده يهلكُ أو يصرف إلىٰ حاجةٍ لكن حاجته إلى المعاملة مع البقَّال أمسُّ من غيرها، كما في شراء التوابل الملح والكبريت، وليسَ له فلوسٌ حتَّى يشتري بِها ما استجدّت له من الحاجة كل ساعةٍ، فيعطى الدرهم البقَّال لِأَن يأخذ منه ما يحتاج إليه ممَّا ذكرنا بحسابه جزءًا فجزءًا حتَّى يستوفي ما يقابل الدرهم، وهذا الفعل منه مكروهٌ لأنَّ حاصل هذا الفعل راجعٌ إلىٰ أن يكون قرضًا فيه جرَّ نفعٌ وهو مكروهٌ، وينبغي أن يستودعه ثمَّ يأخذ منه ما شاء جزءًا فجزءًا لأنَّه وديعةٌ وليسَ بقرضٍ، حتَّى لو هلك لا شيءَ على الآخذ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

قَالَ: (وَيُكْرَهُ التَّعْشِيرُ وَالنَّقْطُ فِي الْمُصْحَفِ) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: جَرِّدُوا الْقُرْآنَ. وَيُرْوَىٰ: جَرِّدُوا الْمَصَاحِفَ. وَفِي التَّعْشِيرِ وَالنَّقْطِ تَرْكُ التَّجْرِيدِ. وَلِأَنَّ التَّعْشِيرَ يُخِلُّ بِحِفْظِ الآيِ وَالنَّقْطُ بِحِفْظِ الإِعْرَابِ اتِّكَالًا عَلَيْهِ فَيُكْرَهُ. قَالُوا: فِي زَمَانِنَا لَا بُدَّ لِلْعَجَمِ مِنْ دَلَالَةٍ. فَتَرْكُ ذَٰلِكَ إِخْلَالٌ بِالْحِفْظِ وَهِجْرَانٌ لِلْقُرْآنِ فَيَكُونُ حَسَنًا.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيَةِ الْمُصْحَفَ) لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْظِيمِهِ. وَصَارَ كَنَقْشِ الْمَسْجِدِ وَتَزْيِينِهِ بِمَاءِ الذَّهَبِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَدْخُلَ أَهْلُ الذِّمَّةِ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ ذَٰلِكَ: وَقَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ. لِلشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ:

مسائل متفرقة

قوله: وَيُكْرَهُ التَّعْشِيرُ، وهو جعل العواشر، قالوا في زماننا لا بُدَّ للعجم من دلالةٍ، فإنَّ مشايخنا رحمهم الله لم يروا به بأساً لأنَّ العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة إلا بالنقط، وعلىٰ هذا كتبة أسامي السُّور وعدد الآي، فهو وإن كان إحداثاً فهو بدعةٌ حسنةٌ، وكم من شيءٍ يختلف باختلاف الزمان والمكان، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: جَرِّدُوا الْقُرْآنَ، أي ما يكتب فيه القرآن، ويُؤَيِّده الرواية الثانية.

﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨] وَلِأَنَّ الكَافِرَ لَا يَخْلُو عَنْ جَنَابَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْتَسِلُ اغْتِسَالًا يُخْرِجُهُ عَنْهَا، وَالْجُنُبُ يَجْنَبُ المَسْجِدَ، وَبِهَٰذَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ، وَالتَّعْلِيلُ بِالنَّجَاسَةِ عَامٌّ فَيَنْتَظِمُ المَسَاجِدَ كُلَّهَا. وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنـزَلَ وَفْدَ ثَقِيفٍ فِي مَسْجِدِهِ وَهُمْ كُفَّارٌ» وَلِأَنَّ الخُبْثَ فِي اعْتِقَادِهِمْ فَلَا يُؤَدِّي إِلَىٰ تَلْوِيثِ المَسْجِدِ. وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الحُضُورِ اسْتِيلَاءً وَاسْتِعْلَاءً أَوْ طَائِفِينَ عُرَاةً كَمَا كَانَتْ عَادَتُهُمْ فِي الجَاهِلِيَّةِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الخُصْيَانِ) ؛ لِأَنَّ الرَّغْبَةَ فِي اسْتِخْدَامِهِمْ حَثُّ النَّاسِ عَلَىٰ هٰذَا الصَّنِيعِ وَهُوَ مُثْلَةٌ مُحَرَّمَةٌ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِخِصَاءِ البَهَائِمِ وَإِنْزَاءِ الحَمِيرِ عَلَى الخَيْلِ) ؛ لِأَنَّ

قوله: وَالتَّعْلِيلُ بِالنَّجَاسَةِ عَامٌّ، يعني علَّل بأنَّ المشرك إنَّما يجنبُ عن المسجد الحرام لكونه نجساً، فلا تفصيل بين مسجدٍ ومسجدٍ.

قوله: فَلَا يُؤَدِّي إِلَىٰ تَلْوِيثِ المَسْجِدِ، فإن قيل: الجنبُ ممنوعٌ عن دخول المسجد الحرام وإن لم يؤدِّ إلى التلويث؟ قلنا: لأنَّ أعضاءه نجسةٌ، وإدخال النجاسة في المسجد لا يجوز، أمَّا الكافر فأعضاؤه طاهرةٌ من النجاسة، ولهذا لا يجب عليه الغسل بالإسلام.

قوله: وَهُوَ مُثْلَةٌ مُحَرَّمَةٌ، قال عُمر رضي الله عنه: لا تمثلوا بناشئة الله، أي بخلق الله، ولا بأسَ بثقب أذن الطفل من البنات، ذكره في الخلاصة.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِإِخْصَاءِ البَهَائِمِ، والصواب: بخصاء البهائم.

فِي الأَوَّلِ مَنْفَعَةٌ لِلْبَهِيمَةِ وَالنَّاسِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَكِبَ البَغْلَةَ» فَلَوْ كَانَ هٰذَا الفِعْلُ حَرَامًا لَمَا رَكِبَهَا لِمَا فِيهِ مِنْ فَتْحِ بَابِهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ) ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ بِرٍّ فِي حَقِّهِمْ، وَمَا نُهِينَا عَنْ ذٰلِكَ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَادَ يَهُودِيًّا مَرِضَ بِجِوَارِهِ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ: أَسْأَلُكَ بِمَعْقِدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ)

قوله: وَلَا بَأْسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ، قيَّد بهما لأنَّ في عيادة المجوس اختلافًا.

قوله: النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَادَ يَهُودِيًّا مَرِضَ بِجِوَارِهِ، وقال له: قُلْ: لا إله إلا الله محمد رسول الله، فنظر المريضُ إلىٰ أبيه اليهوديِّ، فقال له أبوه: أجبه، فأجابه بشهادة أن لا إله إلا الله وأنَّ محمدا رسول الله ثمَّ مات، وقال عليه الصلاة والسلام: «الحمد لله الذي أنْقَذَه من نسمة النار»، وأمَّا عيادة المجوس منهم من قال: لا بأسَ به لما قلنا، وقال بعضهم: لا يجوز ذلك لأنَّ المجوسيَّ أبْعَد عن الإسلام من اليهود والنصارىٰ، ولهذا لا تحلُّ ذبيحة المجوس ونكاحهم، واختلفوا في عيادة الفاسق أيضًا، والأصحُّ أنه لا بأسَ به لأنَّهُ مسلمٌ والعيادة من حقوق المسلمين، وفي النوادر: جاء يهوديٌّ أو مجوسيٌّ فمات ابن له أو قريبٌ ينبغي أن يعزيه ويقول: أخلفَ الله عليك خيرًا منه، أو: أصلحكَ، فكان معناه: أصلحك الله بالإسلام، يعني رزقك الإسلام، ورزقك ولدًا مسلمًا.

وَلِلْمَسْأَلَةِ عِبَارَتَانِ: هٰذِهِ، وَمَقْعَدُ العِزِّ، وَلَا رَيْبَ فِي كَرَاهَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ القُعُودِ، وَكَذَا الأَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالْعَرْشِ وَهُوَ مُحْدَثٌ وَاللهُ تَعَالَىٰ بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ قَدِيمٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ. وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ مَأْثُورٌ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -. رُوِيَ أَنَّهُ كَانَ مِنْ دُعَائِهِ «اَللّٰهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِمَعْقِدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ؛ وَمُنْتَهَى الرَّحْمَةِ مِنْ كِتَابِكَ، وَبِاسْمِكَ الأَعْظَمِ وَجَدِّكَ الأَعْلَىٰ وَكَلِمَاتِكَ التَّامَّةِ» وَلٰكِنَّا نَقُولُ: هٰذَا خَبَرُ وَاحِدٍ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِي الِامْتِنَاعِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ بِحَقِّ فُلَانٍ أَوْ بِحَقِّ أَنْبِيَائِكَ وَرُسُلِكَ) ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَخْلُوقِ عَلَى الخَالِقِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ وَالنَّرْدِ وَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ وَكُلِّ لَهْوٍ) ؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَامَرَ بِهَا فَالْمَيْسِرُ حَرَامٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّ قِمَارٍ، وَإِنْ لَمْ يُقَامِرْ فَهُوَ عَبَثٌ وَلَهْوٌ. وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَهْوُ المُؤْمِنِ بَاطِلٌ إِلَّا الثَّلَاثَ: تَأْدِيبُهُ لِفَرَسِهِ، وَمُنَاضَلَتُهُ عَنْ قَوْسِهِ، وَمُلَاعَبَتُهُ مَعَ أَهْلِهِ» وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: يُبَاحُ اللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَشْحِيذِ الخَوَاطِرِ وَتَذْكِيَةِ الأَفْهَامِ، وَهُوَ مَحْكِيٌّ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ لَعِبَ بِالشِّطْرَنْجِ وَالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا

قوله: لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالْعَرْشِ، فتوهَّم أن عزه حادثٌ.

قوله: وَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ، قيل: شيءٌ يستعمله اليهود.

غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الخِنْزِيرِ» وَلِأَنَّهُ نَوْعُ لَعِبٍ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الجُمَعِ وَالْجَمَاعَاتِ فَيَكُونُ حَرَامًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أَلْهَاكَ عَنْ ذِكْرِ اللهِ فَهُوَ مَيْسِرٌ» ثُمَّ إِنْ قَامَرَ بِهِ تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُقَامِرْ لَا تَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ مُتَأَوَّلٌ فِيهِ. وَكَرِهَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ التَّسْلِيمَ عَلَيْهِمْ تَحْذِيرًا لَهُمْ، وَلَمْ يَرَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بِهِ بَأْسًا لِيَشْغَلَهُمْ عَمَّا هُمْ فِيهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِقَبُولِ هَدِيَّةِ العَبْدِ التَّاجِرِ وَإِجَابَةِ دَعْوَتِهِ وَاسْتِعَارَةِ دَابَّتِهِ. وَتُكْرَهُ كِسْوَتُهُ الثَّوْبَ وَهَدِيَّتُهُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: كُلُّ ذٰلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَبِلَ هَدِيَّةَ سَلْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حِينَ كَانَ عَبْدًا، وَقَبِلَ هَدِيَّةَ بَرِيرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - وَكَانَتْ مُكَاتَبَةً» وَأَجَابَ رَهْطٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - دَعْوَةَ مَوْلَىٰ أَبِي أُسَيْدٍ وَكَانَ عَبْدًا، وَلِأَنَّ فِي هٰذِهِ الأَشْيَاءِ ضَرُورَةً لَا يَجِدُ التَّاجِرُ بُدًّا مِنْهَا، ....

قوله: وَتُكْرَهُ كِسْوَتُهُ الثَّوْبَ، أي تمليكه.

قوله: وَلِأَنَّ فِي هٰذِهِ الأَشْيَاءِ ضَرُورَةً لَا يَجِدُ التَّاجِرُ بُدًّا مِنْهَا، لأنَّ من فتح دُكانًا للتجارة يجتمعُ عنده جمعٌ من الناس، فلا يخلو من أن يطلب أحدٌ منهم شربة ماءٍ أو نحوه، فلو امتنع ينسب إلى البخل، فلا يختلفون إليه فينسدُّ باب التجارة فصار هذا من ضروراته،

وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي الكِسْوَةِ وَإِهْدَاءِ الدَّرَاهِمِ فَبَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ القِيَاسِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لَا أَبَ لَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبْضُهُ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ لَهُ) وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الصِّغَارِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: نَوْعٌ هُوَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ هُوَ وَلِيٌّ كَالْإِنْكَاحِ وَالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ لِأَمْوَالِ القُنْيَةِ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، وَنَوْعٌ آخَرُ مَا كَانَ مِنْ ضَرُورَةِ حَالِ الصِّغَارِ وَهُوَ شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ وَبَيْعُهُ وَإِجَارَةُ الأَظْآرِ. وَذٰلِكَ جَائِزٌ مِمَّنْ يَعُولُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْأُمِّ وَالْمُلْتَقِطُ إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهِمْ. وَإِذَا مَلَكَ هٰؤُلَاءِ هٰذَا النَّوْعَ

وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ.

قوله: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لَا أَبَ لَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبْضُهُ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ لَهُ، في النهاية: اعلم أنَّ قوله: لَا أَبَ لَهُ، ليس بشرطٍ لازمٍ في حقِّ هذا الحكم لأنَّهُ ذكر في كتاب الهبة في صغيرةٍ لها زوجٌ وهيَ عنده يعولها ولها أبٌ فوهبَ لها أنَّها لو قبضت وقبض لها أبوها أو زوجها إنَّ ذلك جائزٌ فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها لقيام الأب، لأنَّهُ لمَّا كان نفعاً محضاً كان تحقيقُ معناه في فتح باب الإصابة من كل وجهٍ، من وجه الولاية، ومن وجه العول والنفقة، ومن وجه العقل والتمييز، فثبتَ أنَّ عدم الأب ليس بلازمٍ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ، القُنْيَةِ: أصل مالٍ للنسل لا للتجارة.

قوله: وَإِجَارَةُ الصِّغَارِ، فإن قيل: ذكر بعد هذا بخطوطٍ: وَلَا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَهُ؟ قلنا: معنىٰ قوله: وَإِجَارَةُ الصِّغَارِ، تسليمهم في الصناعة، ولهذا عدَّه من نوع الضرورة، أو لأنَّ فيه روايتين، وبعضهم غيَّروا إلى قوله: وَإِجَارَةُ الأَظْآرِ، والأول أصحُّ، لأنَّهُ موافق لرواية الجامع الصغير للإمام المختار في لفظ فخر الإسلام

فَالْوَلِيُّ أَوْلَىٰ بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حِجْرِهِ، وَنَوْعٌ ثَالِثٌ مَا هُوَ نَفْعٌ مَحْضٌ كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْقَبْضِ، فَهٰذَا يَمْلِكُهُ المُلْتَقِطُ وَالأَخُ وَالْعَمُّ وَالصَّبِيُّ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ، لِأَنَّ اللَّائِقَ بِالْحِكْمَةِ فَتْحُ بَابِ مِثْلِهِ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فَيَمْلِكُ بِالْعَقْلِ وَالْوِلَايَةِ وَالْحِجْرِ وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الإِنْفَاقِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، وَيَجُوزُ لِلْأُمِّ أَنْ تُؤَاجِرَ ابْنَهَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهَا وَلَا يَجُوزُ لِلْعَمِّ) ؛ لِأَنَّ الأُمَّ تَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ بِاسْتِخْدَامٍ، وَلَا كَذٰلِكَ المُلْتَقِطُ وَالْعَمُّ (وَلَوْ أَجَّرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ لَا يَجُوزُ) ؛ لِأَنَّهُ مَشُوبٌ بِالضَّرَرِ (إِلَّا إِذَا فَرَغَ مِنَ العَمَلِ) ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ تَمَحَّضَ نَفْعًا فَيَجِبُ المُسَمَّىٰ وَهُوَ نَظِيرُ العَبْدِ المَحْجُورِ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ) وَيَرْوُونَ الدَّايَةَ، وَهُوَ طَوْقُ الحَدِيدِ الَّذِي يَمْنَعُهُ مِنْ أَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ، وَهُوَ مُعْتَادٌ بَيْنَ

البزدوي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَوْ أَجَّرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ لَا يَجُوزُ، أي لا يلزم.

قوله: وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ، بالرَّاء المهملة هيَ غلٌّ يُجعل في عنقه علامةً يعلم بها أنه آبقٌ، وأمَّا الداية بالدال فغلطٌ، كذا في المغرب، قالوا هذا كان في زمانِهم عند قلَّة الإباق، وأمَّا في زماننا فلا بأسَ به لغلبة الآباق خصوصـاً في الهنود، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

الظَّلَمَةِ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةُ أَهْلِ النَّارِ فَيُكْرَهُ كَالْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ (وَلَا يُكْرَهُ أَنْ يُقَيِّدَهُ) لِأَنَّهُ سُنَّةُ الْمُسْلِمِينَ فِي السُّفَهَاءِ وَأَهْلِ الدَّعَارَةِ فَلَا يُكْرَهُ فِي الْعَبْدِ تَحَرُّزًا عَنْ إبَاقِهِ وَصِيَانَةً لِمَالِهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالْحُقْنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ) لِأَنَّ التَّدَاوِيَ مُبَاحٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَقَدْ وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ الْحَدِيثُ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ الْمُحَرَّمُ كَالْخَمْرِ وَنَحْوِهَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِشْفَاءَ بِالْمُحَرَّمِ حَرَامٌ.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِالْحُقْنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ، قيَّد به لأنَّهُ لو أراد به التسمين لا يُباحُ له.

قوله: وَقَدْ وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ الحَدِيثُ، أي بإباحة التداوي، وهو ما رُويَ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «تداووا عبادَ الله فإنَّ الله تعالى ما خلق داءً إلا وقد خلق له دواءً، إلا السام والهرم» والأمر بالتوكل محمولٌ على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثمَّ التوكل بعده على الله دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم رضي الله عنها: ﴿وَهُزِّيٓ إِلَيۡكِ بِجِذۡعِ ٱلنَّخۡلَةِ﴾ [مريم: ٢٥] والله تعالىٰ قادرٌ علىٰ أن يرزقها من غير هزٍّ، كذا ذكره فخر الإسلام والمحبوبي رحمهما الله تعالى.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ الْمُحَرَّمُ، وفي التهذيب: يجوز للعليل شرب البول والدَّم والميتة للتداوي إذا أخبَره طبيبٌ مسلمٌ أنَّ شفاءه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب: يتعجَّل شفاءكَ به، فيه وجهان، وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوي؟ فيه وجهان، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، وذكر في الذخيرة: وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ بأنَّ الاستشفاء بالحرام حرامٌ فهو غير مجرًى علىٰ إطلاقه، وأنَّ الاستشفاء بالمحرم إنَّما لا يجوز إذا لم يعلم أنَّ فيه شفاءً، أمَّا إذا عَلِمَ أنَّ فيه شفاءً وليسَ له دواء غيره يجوز الاستشفاء به، ومعنى قول ابن مسعود رضي

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِرِزْقِ القَاضِي) «؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَىٰ مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، وَبَعَثَ عَلِيًّا إِلَى اليَمَنِ وَفَرَضَ لَهُ» وَلِأَنَّهُ مَحْبُوسٌ لِحَقِّ المُسْلِمِينَ فَتَكُونُ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِمْ وَهُوَ مَالُ بَيْتِ المَالِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الحَبْسَ مِنْ أَسْبَابِ النَّفَقَةِ كَمَا فِي الوَصِيِّ وَالْمُضَارِبِ إِذَا سَافَرَ بِمَالِ المُضَارَبَةِ، ....

الله عنه: أنَّ الله تعالىٰ لم يجعل شفاءكم فيما حرَّم عليكم، يحتملُ أنَّ عبد الله قال ذلك في داءٍ عُرِفَ له دواءٌ غير المحرَّم، لأنَّهُ حينئذٍ يستغنى بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنَّما يكون بالحلال.

قوله: بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إِلَىٰ مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، أي فرض أربعين أوقيةً في السنة، والأوقيَّة بالتشديد أربعون درهمـًا، وتكلموا أنه عليه الصلاة والسلام من أيِّ مال رزقه؟ ولم يكن يومئذٍ الدواوين ولا بيت المال، فإنَّ الدواوين وُضعت في زمن عُمر رضي الله عنه فقيل: إنَّما رزقه من الفيء ممَّا أفاء الله، وقيل: من المال الذي أُخِذ من نصارى بني نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هَجَر، وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يأخذ كل يوم درهمـًا وثلثي درهمٍ، وعن عُمر رضي الله عنه أنه كان يأخذ كفايته، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ: وإن استعفَ فيتنزَّه كان أفضل، قال الله تعالى: ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: ٦] والآية وإن كان نزولها في وصيِّ اليتيم ولكن الوصيُّ عامل لليتيم فثبتَ ذلك الحكم في كلِّ من يعمل لغيره بطريق الحسبة، فقد رُويَ عن عثمان رضي الله عنه أنه احتسبَ ولم يأخذ، هذا كله فيما إذا كان مال بيت المال حلالًا جُمِعَ بحقٍّ، وأمَّا إذا كان حرامـًا جُمِعَ بباطلٍ لم يحلَّ أخذه لأنَّ سبيل الحرام والغصب ردُّه علىٰ أهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين.

وَهٰذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، فَإِنْ كَانَ شَرْطًا فَهُوَ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ، إِذِ القَضَاءُ طَاعَةٌ بَلْ هُوَ أَفْضَلُهَا، ثُمَّ القَاضِي إِذَا كَانَ فَقِيرًا: فَالْأَفْضَلُ بَلِ الوَاجِبُ الأَخْذُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ إِقَامَةُ فَرْضِ القَضَاءِ إِلَّا بِهِ، إِذِ الِاشْتِغَالُ بِالْكَسْبِ يُقْعِدُهُ عَنْ إِقَامَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَالْأَفْضَلُ الِامْتِنَاعُ عَلَىٰ مَا قِيلَ رِفْقًا بِبَيْتِ المَالِ. وَقِيلَ الأَخْذُ وَهُوَ الأَصَحُّ صِيَانَةً لِلْقَضَاءِ عَنِ الهَوَانِ وَنَظَرًا لِمَنْ يُوَلَّىٰ بَعْدَهُ مِنَ المُحْتَاجِينَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْقَطَعَ زَمَانًا يَتَعَذَّرُ إِعَادَتُهُ ثُمَّ تَسْمِيَتُهُ رِزْقًا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ بِقَدْرِ الكِفَايَةِ، وَقَدْ جَرَى الرَّسْمُ بِإِعْطَائِهِ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ؛ لِأَنَّ الخَرَاجَ يُؤْخَذُ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ وَهُوَ يُعْطَىٰ مِنْهُ، وَفِي زَمَانِنَا الخَرَاجُ يُؤْخَذُ فِي آخِرِ السَّنَةِ وَالْمَأْخُوذُ مِنَ الخَرَاجِ خَرَاجُ السَّنَةِ المَاضِيَةِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوِ اسْتَوْفَىٰ رِزْقَ سَنَةٍ وَعُزِلَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا، قِيلَ هُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ المَرْأَةِ

قوله: وَهٰذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، يعني إذا أخذ القاضي رزقه علىٰ وجه الكفاية بأن تقلَّد القضاء ابتداءً من غير شرطٍ ثمَّ رزقه الوالي كفايةً لاحتباسه بالقضاء عن الكسب، أمَّا إذا أخذ على الشرط بأن قال في ابتداء القضاء: إنَّما أقبل القضاء إن رزقنيَ الوالي كذا في كل شهرٍ، أو في كل سنةٍ بمقابلة قضائي بين الناس، وإلَّا فلا أقبل، فهو باطلٌ، لأنَّهُ استئجارٌ على الطاعة فلا يجوز.

قوله: وَلَوِ اسْتَوْفَىٰ رِزْقَ سَنَةٍ وَعُزِلَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا، قِيلَ هُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَعْرُوفٍ، يعني لا يجب الردُّ علىٰ قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، ويجب الردُّ على قول محمد رحمه الله تعالىٰ، وقاسوها علىٰ نفقة الزوجة إذا استعجلت

إِذَا مَاتَتْ فِي السَّنَةِ بَعْدَ اسْتِعْجَالِ نَفَقَةِ السَّنَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ الرَّدُّ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ تُسَافِرَ الأَمَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ) ؛ لِأَنَّ الأَجَانِبَ فِي حَقِّ الإِمَاءِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى النَّظَرِ وَالْمَسِّ بِمَنْزِلَةِ المَحَارِمِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَأُمُّ الوَلَدِ أَمَةٌ لِقِيَامِ المِلْكِ فِيهَا وَإِنِ امْتَنَعَ بَيْعُهَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فماتَ أحدهما قبل مضي السنة لم يرجع عندهما، خلافًا لمحمد رحمه الله تعالىٰ، والصحيح أنَّه يجب الردُّ.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ تُسَافِرَ الأَمَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ، وفي اليتيمة: كانت هذه الإباحة في الابتداء، أمَّا الآن فيكره هو لهما أيضًا، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ إِحيَاءِ المَوَاتِ

قَالَ: (اَلْمَوَاتُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الأَرَاضِي لِانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ) سُمِّيَ بِذٰلِكَ لِبُطْلَانِ الِانْتِفَاعِ بِهِ.

قَالَ: (فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًّا لَا مَالِكَ لَهُ أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الإِسْلَامِ لَا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ القَرْيَةِ بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِنْ أَقْصَى العَامِرِ فَصَاحَ لَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ فِيهِ فَهُوَ مَوَاتٌ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ

كتاب إحياء الموات

قوله: اَلْمَوَاتُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الأَرَاضِي لِانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ، بأن صارت سبخةً، أو غلبت الرمال عليها، فهذا تحديدٌ لغويٌّ، ويزيدُ عليه في الشرع أشياءَ بيانُها في قوله: فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًّا لَا مَالِكَ لَهُ أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الإِسْلَامِ لَا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ القَرْيَةِ بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِنْ أَقْصَى العَامِرِ فَصَاحَ لَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ فِيهِ فَهُوَ مَوَاتٌ.

قوله: إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِنْ أَقْصَى العَامِرِ فَصَاحَ، في الذخيرة: الفاصلُ بين القريب والبعيد مرويٌّ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ قال: يقوم رجل جهوريُّ الصوت من أقصى العمرانات علىٰ مكانٍ عالٍ وينادي بأعلىٰ صوته، فأيُّ الموضع الذي لا يسمعُ فيه يكون

عَنْهُ -: هٰكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ، وَمَعْنَى العَادِيِّ مَا قَدُمَ خَرَابُهُ. وَالْمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَكُونَ مَمْلُوكًا لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ مَعَ انْقِطَاعِ الِارْتِفَاقِ بِهَا لِيَكُونَ مَيْتَةً مُطْلَقًا، فَأَمَّا الَّتِي هِيَ مَمْلُوكَةٌ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لَا تَكُونُ مَوَاتًا، وَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ مَالِكُهُ تَكُونُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالِكٌ يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَيَضْمَنُ الزَّارِعُ نُقْصَانَهَا، وَالْبُعْدُ عَنِ القَرْيَةِ عَلَىٰ مَا قَالَ شَرَطَهُ أَبُو يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا يَكُونُ قَرِيبًا مِنَ القَرْيَةِ لَا يَنْقَطِعُ ارْتِفَاقُ أَهْلِهَا عَنْهُ فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْهِ. وَمُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتَبَرَ انْقِطَاعَ ارْتِفَاقِ أَهْلِ القَرْيَةِ عَنْهَا حَقِيقَةً،

بعيدًا، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في رواية أخرىٰ: أنَّ البعيد قدرَ غلوةٍ.

قوله: وَمَعْنَى العَادِيِّ مَا قَدُمَ خَرَابُهُ، يعني أن لا يكون منسوبًا إلىٰ عادٍ كما هو مقتضاه، وفي المبسوط: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أن عادي الأرض لله وللرسول، فمن أحيىٰ أرضًا ميتةً فهيَ لهُ» والمرادُ منه الموات من الأرض، سمَّاها عاديًا علىٰ أنَّها خربت علىٰ عهد عادٍ، وفي العادات الظاهرة ما يوصفُ بطول مضي الزمان عليه ينسب إلىٰ عادٍ، فمعناه ما تقدَّم خرابه فيما يعلمُ أنه لا حقَّ لأحدٍ فيه.

قوله: وَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ مَالِكُهُ تَكُونُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، من تتمَّة قول محمدٍ، يعني إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين، كمن ماتَ وتركَ مالًا ولم يترك وارثًا فلا يكون لأحدٍ أن يملكه على التخصيص.

قوله: فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْهِ، أى على القرب والبعد، وعند محمدٍ رحمه الله تعالىٰ يُدار الحكم على حقيقة الارتفاق.

وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْقَرْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الإِمَامُ المَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَشَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتَمَدَ عَلَىٰ مَا اخْتَارَهُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - (ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ مَلَكَهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَمْلِكُهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي الحَطَبِ وَالصَّيْدِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ نَفْسُ إِمَامِهِ بِهِ» وَمَا رَوَيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذْنٌ لِقَوْمٍ لَا نَصْبٌ لِشَرْعٍ، وَلِأَنَّهُ مَغْنُومٌ لِوُصُولِهِ إِلَىٰ يَدِ الْمُسْلِمِينَ بِإِيجَافِ الخَيْلِ وَالرِّكَابِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهِ بِدُونِ إِذْنِ الإِمَامِ كَمَا فِي سَائِرِ الغَنَائِمِ. وَيَجِبُ فِيهِ

قوله: وَمَا رَوَيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذْنٌ لِقَوْمٍ، فيُحمل علىٰ ما رواه، وهو محكمٌ في أنه لا يجوز الإفتيات على رأي الإمام، ولأنَّ قوله: «من أحيىٰ أرضاً ميتةً» لبيان السبب، وما رواه لكون الإذن شرطاً، وليسَ في اللفظ ما ينفي هذا الشرط، وقد دلَّ الدليلُ على اشتِراطه، وما رواه نظيره قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] ثمَّ حرَّم الصوم على الحائض والنفساء وإن شهدتا الشهرَ، لأنَّ الدليل دلَّ على اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس، والكتابُ لا ينفي ذلك، فإن قيل: ما رواهُ خصَّ منه الحطبُ والحشيش وما روياه لم يخص فيكون العمل به أوْلىٰ؟ قلنا: ما ذكر لبيان أنه لا يجوز الإفتيات علىٰ رأي الإمام، والحطبُ والحشيشُ لا يحتاج فيهما إلىٰ رأي الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصاً، والأرض مما يحتاجُ فيها إلىٰ رأي الإمام لأنَّهُ صارت من

الْعُشْرُ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ تَوْظِيفِ الخَرَاجِ عَلَى الْمُسْلِمِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِبْقَاءُ الخَرَاجِ عَلَى اعْتِبَارِ المَاءِ. فَلَوْ أَحْيَاهَا، ثُمَّ تَرَكَهَا فَزَرَعَهَا غَيْرُهُ فَقَدْ قِيلَ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ مَلَكَ اسْتِغْلَالَهَا لَا رَقَبَتَهَا، فَإِذَا تَرَكَهَا كَانَ الثَّانِي أَحَقَّ بِهَا. وَالْأَصَحُّ أَنَّ الأَوَّلَ يَنْزِعُهَا مِنَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْإِحْيَاءِ عَلَىٰ مَا نَطَقَ بِهِ الحَدِيثُ، إِذِ الإِضَافَةُ فِيهِ بِلَامِ التَّمْلِيكِ وَمِلْكُهُ لَا يَزُولُ بِالتَّرْكِ. وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ثُمَّ أَحَاطَ الإِحْيَاءُ بِجَوَانِبِهَا الأَرْبَعَةِ مِنْ أَرْبَعَةِ نَفَرٍ عَلَى التَّعَاقُبِ؛ فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ طَرِيقَ الأَوَّلِ فِي الأَرْضِ الرَّابِعَةِ لِتَعَيُّنِهَا لِتَطَرُّقِهِ وَقَصَدَ الرَّابِعُ إِبْطَالَ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ) ؛ لِأَنَّ الإِحْيَاءَ سَبَبُ

الغنائم بإيجاف الخيل كسائر الأموال فكان ما قلنا أَوْلىٰ.

قوله: وَالْأَصَحُّ أَنَّ الأَوَّلَ يَنْزِعُهَا، وأصلُ هذا أنَّ من أحيىٰ أرضـًا ميتةً فهيَ له، قال بعض المشايخ: يثبتُ ملك الاستغلال دون ملك الرقبة، فمنهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي، وعامة المشايخ يقولون يملك رقبتها، كذا في الذخيرة.

قوله: لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْإِحْيَاءِ عَلَىٰ مَا نَطَقَ بِهِ الحَدِيثُ، إِذِ الإِضَافَةُ فِيهِ بِلَامِ التَّمْلِيكِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيىٰ أرضـًا ميتةً فهيَ له».

قوله: لِتَعَيُّنِهَا لِتَطَرُّقِهِ وَقَصَدَ الرَّابِعُ إِبْطَالَ حَقِّهِ، لأنَّهُ حين سكتَ عن الأوَّل والثاني والثالث صار الباقي طريقـًا له، فإذا أحياه الرابع فقد أحيىٰ طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريقٌ.

المِلْكِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذْنَ الإِمَامِ مِنْ شَرْطِهِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ حَتَّى الِاسْتِيلَاءِ عَلَىٰ أَصْلِنَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَىٰ غَيْرِهِ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ لِيَعْمُرَهَا فَتَحْصُلَ المَنْفَعَةُ لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ حَيْثُ العُشْرُ أَوِ الخَرَاجُ. فَإِذَا لَمْ تَحْصُلْ يَدْفَعُ إِلَىٰ غَيْرِهِ تَحْصِيلًا لِلْمَقْصُودِ، وَلِأَنَّ التَّحْجِيرَ لَيْسَ بِإِحْيَاءٍ لِيَمْلِكَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الإِحْيَاءَ إِنَّمَا هُوَ العِمَارَةُ وَالتَّحْجِيرُ الإِعْلَامُ، سُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُعَلِّمُونَهُ بِوَضْعِ الأَحْجَارِ حَوْلَهُ أَوْ يُعَلِّمُونَهُ لِحَجْرِ غَيْرِهِمْ عَنْ إِحْيَائِهِ فَبَقِيَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَمَا كَانَ هُوَ الصَّحِيحُ. وَإِنَّمَا شَرَطَ تَرْكَ ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ. وَلِأَنَّهُ إِذَا أَعْلَمَهُ لَا بُدَّ مِنْ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَىٰ وَطَنِهِ وَزَمَانٍ يُهَيِّئُ أُمُورَهُ فِيهِ، ثُمَّ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَىٰ مَا يَحْجُرُهُ فَقَدَّرْنَاهُ بِثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهَا

قوله: حَتَّى الِاسْتِيلَاءِ عَلَىٰ أَصْلِنَا، أي كما أنَّ المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالىٰ فكذلك الكافر أيضاً يملك مال المسلم بالاستيلاء.

قوله: أَوْ يُعَلِّمُونَهُ لِحَجْرِ غَيْرِهِمْ، أي: أو يعلِّمون المواتَ بشيءٍ آخر سوى الإحجار يمنع غيرهم.

قوله: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ، والأصحُّ: لمحتجر، من احتجرَ الأرض أي أعْلَم عَلَماً في حدودها ليحوزها ويمنعها، كذا في المغرب.

مِنَ السَّاعَاتِ وَالْأَيَّامِ وَالشُّهُورِ لَا يَفِي بِذٰلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَحْضُرْ بَعْدَ انْقِضَائِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَهَا. قَالُوا: هٰذَا كُلُّهُ دِيَانَةً، فَأَمَّا إِذَا أَحْيَاهَا غَيْرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ هٰذِهِ المُدَّةِ مَلَكَهَا لِتَحَقُّقِ الإِحْيَاءِ مِنْهُ دُونَ الأَوَّلِ وَصَارَ كَالِاسْتِيَامِ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ، وَلَوْ فُعِلَ يَجُوزُ العَقْدُ. ثُمَّ التَّحْجِيرُ قَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ الحَجَرِ بِأَنْ غَرَزَ حَوْلَهَا أَغْصَانًا يَابِسَةً أَوْ نَقَّى الأَرْضَ وَأَحْرَقَ مَا فِيهَا مِنَ الشَّوْكِ أَوْ خَضَدَ مَا فِيهَا مِنَ الحَشِيشِ أَوِ الشَّوْكِ، وَجَعَلَهَا حَوْلَهَا وَجَعَلَ التُّرَابَ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يُتِمَّ المُسَنَّاةَ لِيَمْنَعَ النَّاسَ مِنَ الدُّخُولِ، أَوْ حَفَرَ مِنْ بِئْرٍ ذِرَاعًا أَوْ ذِرَاعَيْنِ، وَفِي الأَخِيرِ وَرَدَ الخَبَرُ. وَلَوْ كَرَبَهَا وَسَقَاهَا فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِحْيَاءٌ، وَلَوْ فَعَلَ أَحَدُهُمَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَلَوْ حَفَرَ أَنْهَارَهَا وَلَمْ يَسْقِهَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَإِنْ سَقَاهَا مَعَ حَفْرِ الأَنْهَارِ كَانَ إِحْيَاءً لِوُجُودِ الفِعْلَيْنِ، وَلَوْ حَوَّطَهَا أَوْ سَنَّمَهَا بِحَيْثُ يَعْصِمُ المَاءَ يَكُونُ إِحْيَاءً؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ البِنَاءِ، وَكَذَا إِذَا بَذَرَهَا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ وَيُتْرَكُ مَرْعًىٰ لِأَهْلِ القَرْيَةِ

قوله: وَفِي الأَخِيرِ وَرَدَ الخَبَرُ، يعني في البئر وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من حفر بئرًا مقدار ذراعٍ فهو محتجرٌ».

قوله: وَلَوْ كَرَبَهَا وَسَقَاهَا فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ إِحْيَاءٌ، وَلَوْ فَعَلَ أَحَدُهُمَا يَكُونُ مُحْتَجِرًا، وفي المبسوط: ولو كربها أو ضرب عليها المسنَّاة أو شقَّ لها نهرًا فهو إحياءٌ، وفي الذخيرة: ذكر شمس الأئمة رحمه الله تعالىٰ أنَّ الإحياء أن يجعلها صالحةً

وَمَطْرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ) لِتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهَا بِمَنْزِلَةِ الطَّرِيقِ وَالنَّهْرِ. وَعَلَىٰ هٰذَا قَالُوا: لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ مَا لَا غِنَىٰ بِالْمُسْلِمِينَ عَنْهُ كَالْمِلْحِ وَالْآبَارِ الَّتِي يَسْتَقِي النَّاسُ مِنْهَا لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي بَرِّيَّةٍ فَلَهُ حَرِيمُهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا حَفَرَ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الإِمَامِ عِنْدَهُ أَوْ بِإِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ حَفْرَ البِئْرِ إِحْيَاءٌ. قَالَ: (فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ» ثُمَّ قِيلَ: الأَرْبَعُونَ مِنْ كُلِّ الجَوَانِبِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ كُلِّ

للزراعة بأن كربَها وضرب عليها المسنَّاة أو حفر لها بئرًا.

قوله: لِتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً، أي عند محمد رحمه الله تعالىٰ، أَوْ دَلَالَةً، أي عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا قَالُوا: لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ مَا لَا غِنَىٰ بِالْمُسْلِمِينَ عَنْهُ، هذا استدلالٌ بأنَّ ما افتقرَ إليه الناس كالملح والآبار التي يسقى الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالإقطاع من أحدٍ، فكذا لا يجوز إحياء ما تعلَّق به حق العامة، كما في النهر والطريق.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أي لتعلُّق حقِّهم بها.

قوله: فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ - وهيَ التي ينزح الماء منها باليد - فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ

جَانِبٍ؛ لِأَنَّ فِي الأَرَاضِي رَخْوَةً وَيَتَحَوَّلُ المَاءُ إِلَىٰ مَا حُفِرَ دُونَهَا (وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ فَحَرِيمُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَهٰذَا عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسمِائَةِ ذِرَاعٍ. وَحَرِيمُ بِئْرِ العَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا» وَلِأَنَّهُ قَدْ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ أَنْ يُسَيِّرَ دَابَّتَهُ لِلِاسْتِقَاءِ، وَقَدْ يَطُولُ الرِّشَاءُ وَبِئْرُ العَطَنِ لِلِاسْتِقَاءِ مِنْهُ بِيَدِهِ فَقَلَّتِ الحَاجَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفَاوُتِ. وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَالْعَامُّ الْمُتَّفَقُ

ذِرَاعًا - والعطن مناخ الإبل ومبركها حول الماء - وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ - وهيَ التي ينزح الماء منها بالبعير، والناضح هو البعير - فَحَرِيمُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَهٰذَا عِنْدَهُمَا.

قوله: وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، أي بين بئر العطن وبئر الناضح، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من حفر بئرًا فله ما حولها أربعون ذراعًا عطنًا لماشيته»، فإن قيل: لمَّا قيَّد في ذلك الحديث أربعون ذراعًا بالعطن بقوله عليه الصلاة والسلام: «عطنًا لماشيته» فكيف يكون رواية ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح؟ قلنا: ذكر ذلك اللفظ للتعليل لا للتقييد، فإنَّ الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر لجميع الانتفاعات، كما في قوله تعالىٰ: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] قيَّد بالبيع لِمَا أنَّ الغالب في ذلك اليوم البيع، وكذا قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] الآية، والوعيد ليس بمخصوص بالأكل ولكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه علىٰ ما عليه الغالب.

قوله: وَالْعَامُّ الْمُتَّفَقُ عَلَىٰ قَبُولِهِ وَالْعَمَلِ بِهِ أَوْلَىٰ عِنْدَهُ مِنَ الخَاصِّ المُخْتَلَفِ

عَلَىٰ قَبُولِهِ وَالْعَمَلِ بِهِ أَوْلَىٰ عِنْدَهُ مِنَ الخَاصِّ المُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالْعَمَلِ بِهِ، وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَىٰ اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ فِي مَوْضِعِ الحَفْرِ، وَالِاسْتِحْقَاقُ بِهِ، فَفِيمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الحَدِيثَانِ تَرَكْنَاهُ وَفِيمَا تَعَارَضَا فِيهِ حَفِظْنَاهُ؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يُسْتَقَىٰ مِنَ العَطَنِ بِالنَّاضِحِ وَمِنْ بِئْرِ النَّاضِحِ بِالْيَدِ فَاسْتَوَتِ الحَاجَةُ فِيهِمَا، وَيُمْكِنُهُ أَنْ يُدِيرَ البَعِيرَ حَوْلَ البِئْرِ فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ زِيَادَةِ مَسَافَةٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا فَحَرِيمُهَا خَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَىٰ زِيَادَةِ مَسَافَةٍ؛ لِأَنَّ العَيْنَ تُسْتَخْرَجُ لِلزِّرَاعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ مَوْضِعٍ يَجْرِي فِيهِ المَاءُ وَمِنْ حَوْضٍ يَجْتَمِعُ فِيهِ المَاءُ. وَمِنْ مَوْضِعٍ

فِي قَبُولِهِ وَالْعَمَلِ بِهِ، ولهذا رجّح قوله عليه الصلاة والسلام: «ما أخرجت الأرض ففيه العشر» على قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس فيما دون خمسة أَوْسُقٍ صدقةٌ» وعلىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «ليسَ في الخضراوات صدقةٌ».

قوله: تَرَكْنَاهُ، أي القياس فيما اتّفق عليه الحديثان وهو أربعون، وفيما تعارضا فيه وهو وراء الأربعين، لأنَّ العام ينفيه والخاص يثبته، وإنَّما قلنا ذلك لأنَّ للعام موجبين: أحدهما أن يكون الحريم أربعين، والثاني أن لا يكون زائدًا حيثُ ذكر بكلمة «من» وهيَ للتبعيض، والتمييز يمتنع عليه الزيادة، فإن قيل: كيف يتعارض الحديثان وقبول أحدهما متفق علىٰ قبوله والآخر مختلفٌ فيه؟ قلنا: نعني صورة المعارضة كما يقال: إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجّح المشهور، وعدم التعارض معلومٌ.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «حريم العين خمس مائة ذراعٍ».

يُجْرَىٰ فِيهِ إِلَى المَزْرَعَةِ فَلِهٰذَا يُقَدَّرُ بِالزِّيَادَةِ، وَالتَّقْدِيرُ بِخَمْسِمِائَةٍ بِالتَّوْقِيفِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ كَمَا ذَكَرْنَا فِي العَطَنِ، وَالذِّرَاعُ هِيَ المُكَسَّرَةُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَقِيلَ إِنَّ التَّقْدِيرَ فِي العَيْنِ وَالْبِئْرِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَرَاضِيهِمْ لِصَلَابَةٍ بِهَا وَفِي أَرَاضِينَا رَخَاوَةٌ فَيُزَادُ كَيْ لَا يَتَحَوَّلَ المَاءُ إِلَى الثَّانِي فَيَتَعَطَّلَ الأَوَّلُ.

قَالَ: (فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا مُنِعَ مِنْهُ) كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ تَفْوِيتِ حَقِّهِ وَالْإِخْلَالِ بِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ بِالْحَفْرِ مَلَكَ الحَرِيمَ ضَرُورَةً تُمَكِّنُهُ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ؛ فَإِنِ احْتَفَرَ آخَرُ بِئْرًا فِي حَرِيمِ الأَوَّلِ: لِلْأَوَّلِ أَنْ يُصْلِحَهُ وَيَكْبِسَهُ تَبَرُّعًا، وَلَوْ أَرَادَ أَخْذَ الثَّانِي فِيهِ قِيلَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَكْبِسَهُ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ جِنَايَةِ حَفْرِهِ بِهِ كَمَا فِي الكُنَاسَةِ يُلْقِيهَا فِي دَارِ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِرَفْعِهَا، وَقِيلَ يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ ثُمَّ يَكْبِسُهُ بِنَفْسِهِ كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيْرِهِ، وَهٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ ذَكَرَهُ فِي أَدَبِ القَاضِي لِلْخَصَّافِ ....

قوله: وَالذِّرَاعُ هِيَ المُكَسَّرَةُ، وفي المغرب: الذراع المكسرة ستُّ قبضاتٍ، وهي ذراع العامة، وإنَّما وصفت بالمكسرة لأنَّها نقصت من ذراع الملك بقبضةٍ وهو بعض الأكاسرة، لا الكسرى الأخيرة، وكان ذراعه سبع قبضاتٍ.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي بيَّنا الوجه في أنَّ الخمس مائة تعتبَر من كل جانبٍ.

قوله: كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيْرِهِ، أى يضمنه النقصان ويبني الجدار بنفسه.

وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ، وَمَا عَطِبَ فِي الأَوَّلِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، إنْ كَانَ بِإِذْنِ الإِمَامِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إنْ كَانَ بِغَيْرِ إذْنِهِ عِنْدَهُمَا. وَالْعُذْرُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ جَعَلَ فِي الحَفْرِ تَحْجِيرًا وَهُوَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ بِغَيْرِ إذْنِ الإِمَامِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِهِ، وَمَا عَطِبَ فِي الثَّانِيَةِ فَفِيهِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ حَيْثُ حَفَرَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَإِنْ حَفَرَ الثَّانِي بِئْرًا وَرَاءَ حَرِيمِ الأَوَّلِ فَذَهَبَ مَاءُ البِئْرِ الأَوَّلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي حَفْرِهَا، وَلِلثَّانِي الحَرِيمُ مِنَ الجَوَانِبِ الثَّلَاثَةِ دُونَ الجَانِبِ الأَوَّلِ لِسَبْقِ مِلْكِ الحَافِرِ الأَوَّلِ فِيهِ (وَالْقَنَاةُ لَهَا حَرِيمٌ بِقَدْرِ مَا يُصْلِحُهَا) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البِئْرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ. وَقِيلَ هُوَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ لَا حَرِيمَ لَهَا مَا لَمْ يَظْهَرِ المَاءُ عَلَى الأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ نَهْرٌ فِي التَّحْقِيقِ فَيُعْتَبَرُ بِالنَّهْرِ الظَّاهِرِ. قَالُوا: وَعِنْدَ ظُهُورِ المَاءِ

قوله: وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ، وهو أن يقوِّم الأرض قبل حفره ويقوِّم بعد حفره فيضمن التفاوت.

قوله: وَالْعُذْرُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ جَعَلَ فِي الحَفْرِ تَحْجِيرًا وَهُوَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ، يعني يجعل الحفرَ التام بغير إذن الإمام بمنزلة من حفر بئرًا نحو ذراع بإذنه، وثمَّ يكون ذلك تحجيرًا ولم يثبت له الملك بذلك القدر، فكذلك الحفر التام بدون إذن الإمام، لأنَّ في الحفر التام وإن وجدت العلة لكن الشرط وهو إذن الإمام لم يوجد، فلم تعمل العلة عملها، فلا يثبت الملك، فيبقىٰ تحجيرًا، وبالتحجير لا يكون متعدِّيًا متعاقب، فلا يضمن بالاتفاق. وَالْقَنَاةُ، مجرى الماء تحت الأرض.

عَلَى الأَرْضِ هُوَ بِمَنْزِلَةِ عَيْنٍ فَوَّارَةٍ فَيُقَدَّرُ حَرِيمُهُ بِخَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ (وَالشَّجَرَةُ تُغْرَسُ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ لَهَا حَرِيمٌ أَيْضًا حَتَّىٰ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَغْرِسَ شَجَرًا فِي حَرِيمِهَا) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ حَرِيمٍ لَهُ يَجِدُ فِيهِ ثَمَرَهُ وَيَضَعُهُ فِيهِ وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، بِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ.

قَالَ: (وَمَا تَرَكَ الفُرَاتُ أَوِ الدِّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ المَاءُ وَيَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ) لِحَاجَةِ العَامَّةِ إِلَىٰ كَوْنِهِ نَهْرًا (وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ فَهُوَ كَالْمَوَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ، لِأَنَّ قَهْرَ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ وَهُوَ اليَوْمَ فِي يَدِ الإِمَامِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله: وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ ... وَبِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ، فإنَّ رجلًا غرسَ شجرةً في أرض فلاةٍ فجاء آخرٌ فأرادَ أن يغرس شجرة أخرىٰ بجنب شجرته، فشكا صاحب الشجرة الأولىٰ إلى النبيِّ صلى الله عليه وسلم، فجعل له النبيُّ صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة أذرعٍ، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك، وهذا حديثٌ صحيحٌ مشهورٌ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّ قَهْرَ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، الإحياء شرطه أن تكون الأرض في قهر الإمام، فإذا عدل عنه ولم يجز عوده فاتَ قهر الماء فصار في قهر الإمام، فيجوز إحياؤه إذا لم يكن حريمًا لعامرٍ.

قوله: وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، قال أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ في كشف الغوامض: الاختلاف في نَهرٍ كبيرٍ

- رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَىٰ ذَلِكَ، وَقَالَا: لَهُ مُسْنَاةُ النَّهْرِ يَمْشِي عَلَيْهَا وَيُلْقِي عَلَيْهَا طِينَهُ) قِيلَ هٰذِهِ المَسْأَلَةُ بِنَاءٌ عَلَىٰ أَنَّ مَنْ حَفَرَ نَهْرًا فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الإِمَامِ لَا يَسْتَحِقُّ الحَرِيمَ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا يَسْتَحِقُّهُ؛ لِأَنَّ النَّهْرَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْحَرِيمِ لِحَاجَتِهِ إِلَى المَشْيِ لِتَسْيِيلِ المَاءِ، وَلَا يُمْكِنُهُ المَشْيُ عَادَةً فِي بَطْنِ النَّهْرِ وَإِلَىٰ إِلْقَاءِ الطِّينِ، وَلَا يُمْكِنُهُ النَّقْلُ إِلَىٰ مَكَان بَعِيدٍ إِلَّا بِحَرَجٍ فَيَكُونُ لَهُ الحَرِيمُ اعْتِبَارًا بِالْبِئْرِ. وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِي البِئْرِ عَرَفْنَاهُ بِالْأَثَرِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى الحَرِيمِ فِيهِ فَوْقَهَا إِلَيْهِ فِي النَّهْرِ؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالْمَاءِ فِي النَّهْرِ مُمْكِنٌ بِدُونِ الحَرِيمِ، وَلَا يُمْكِنُ فِي البِئْرِ إِلَّا بِالِاسْتِقَاءِ وَلَا اسْتِقَاءَ إِلَّا بِالْحَرِيمِ فَتَعَذَّرَ الإِلْحَاقُ. وَوَجْهُ البِنَاءِ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ تَثْبُتُ اليَدُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا تَبَعًا لِلنَّهْرِ، وَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ اليَدِ، وَبِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ

لا يحتاج إلىٰ كربه في كل حينٍ، وأمَّا الأنْهار الصغار التي تحتاج إلىٰ كربها في كل وقت فلها حريمٌ بالاتفاق.

قوله: وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: ولأنَّ القياس يأبى استحقاق الحريم لأنَّ عمله في موضع الحفر، أي الاستحقاق بالعمل وهو الحفر، ولا عملَ في غير موضع الحفر فلا يستحقُّ.

قوله: وَوَجْهُ البِنَاءِ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ تَثْبُتُ اليَدُ عَلَيْهِ، يعني لمَّا استحقَّ الحريمَ عندهما بالحفر تثبتُ اليد على الحريم والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدمُ اليد، يعني لمَّا لم يستحق الحريمَ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ بالحفر تنعدم اليد

تَنْعَدِمُ اليَدُ، وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةً مُبْتَدَأَةً فَلَهُمَا أَنَّ الحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهْرِ بِاسْتِمْسَاكِهِ المَاءَ بِهِ، وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ صَاحِبُ الأَرْضِ نَقْضَهُ. وَلَهُ أَنَّهُ أَشْبَهُ بِالْأَرْضِ صُورَةً وَمَعْنًى، أَمَّا صُورَةً فَلِاسْتِوَائِهِمَا، وَمَعْنًىٰ مِنْ حَيْثُ صَلَاحِيَّتُهُ لِلْغَرْسِ وَالزِّرَاعَةِ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لِمَنْ فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِهِ. كَاثْنَيْنِ تَنَازَعَا فِي مِصْرَاعِ بَابٍ لَيْسَ فِي يَدِهِمَا، وَالْمِصْرَاعُ الآخَرُ مُعَلَّقٌ عَلَىٰ بَابِ أَحَدِهِمَا يُقْضَىٰ لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِالْمُتَنَازَعِ فِيهِ، وَالْقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الخِلَافِ قَضَاءُ تَرْكٍ، وَلَا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ المَاءِ إِنَّمَا النِّزَاعُ فِيمَا وَرَاءَهُ مِمَّا يَصْلُحُ لِلْغَرْسِ، عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُسْتَمْسِكًا بِهِ مَاءُ نَهْرِهِ فَالْآخَرُ دَافِعٌ بِهِ المَاءَ عَنْ أَرْضِهِ، وَالْمَانِعُ مِنْ نَقْضِهِ تَعَلُّقُ حَقِّ صَاحِبِ النَّهْرِ لَا مِلْكُهُ. كَالْحَائِطِ لِرَجُلٍ

على الحريم، والظاهرُ يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره وهو قوله: أَنَّهُ أَشْبَهُ بِالْأَرْضِ صُورَةً وَمَعْنًى، فيكون القول قوله في الحريم.

قوله: وَالْقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الخِلَافِ قَضَاءُ تَرْكٍ، أي لا قضاء ملكٍ واستحقاقٍ، وإنَّما ذكر هذا لأنَّ صاحب النهر لو أقام بينةً بعد هذا علىٰ أنَّ المسناة ملكه تقبل بينته، ولو كان قضاء ملكٍ لما قبلت بينته، وذلك لأنَّ الأصل أنَّ من صار مقضيًّا عليه في حادثةٍ لا يصير مقضيًّا له في تلك الحادثة أبدًا، إلا إذا كان القضاء تركًا فإنه يصير مقضيًّا له بعد إقامة البينة، وفي قضاء الترك لو ادَّعىٰ ثالث وأقام البينة تقبل بينته، وفي قضاء الاستحقاق لا تقبل بينته، إلا إذا ادَّعىٰ تلقي الملك من جهة المقضىٰ له.

وَلِآخَرَ عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِهِ وَإِنْ كَانَ مَلَكَهُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ نَهْرٌ لِرَجُلٍ إِلَىٰ جَنْبِهِ مُسَنَّاةٌ وَلِآخَرَ خَلْفَ المُسَنَّاةِ أَرْضٌ تَلْزَقُهَا، وَلَيْسَتِ المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: هِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ حَرِيمًا لِمُلْقَىٰ طِينِهِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ). وَقَوْلُهُ وَلَيْسَتِ المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا مَعْنَاهُ: لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ غَرْسٌ وَلَا طِينٌ مُلْقًىٰ فَيَنْكَشِفُ بِهٰذَا اللَّفْظِ مَوْضِعُ الخِلَافِ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ذٰلِكَ فَصَاحِبُ الشُّغْلِ أَوْلَىٰ، لِأَنَّهُ صَاحِبُ يَدٍ. وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ غَرْسٌ لَا يُدْرَىٰ مَنْ غَرَسَهُ فَهُوَ مِنْ مَوَاضِعِ الخِلَافِ أَيْضًا. وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ أَنَّ وِلَايَةَ الغَرْسِ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِصَاحِبِ النَّهْرِ. وَأَمَّا إِلْقَاءُ الطِّينِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ إِنَّ لِصَاحِبِ النَّهْرِ ذٰلِكَ مَا لَمْ يُفْحِشْ. وَأَمَّا المُرُورُ فَقَدْ قِيلَ يُمْنَعُ صَاحِبُ النَّهْرِ عِنْدَهُ، وَقِيلَ لَا يُمْنَعُ لِلضَّرُورَةِ.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ نَهْرٌ لِرَجُلٍ إِلَىٰ جَنْبِهِ مُسَنَّاةٌ وَلِآخَرَ خَلْفَ المُسَنَّاةِ أَرْضٌ تَلْزَقُهَا، وَلَيْسَتِ المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، أي ليسَ لأحدهما عليه غرسٌ ولا طينٌ ملقًى، إنَّما أَوْرَدَ رواية الجامع الصغير لينكشف موضع الخلاف أنَّ الخلاف فيما إذا لم يكن الحريم في يد أحدٍ، أمَّا إذا كان في يد أحدهما فصاحب اليد أَوْلىٰ بالاتفاق، وأمَّا إلقاء الطين فقد قيل أنه على الخلاف، وقيل لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش، وهو الصحيح، وأمَّا المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده، وقيل: لا يمنع للضرورة وهو الأشبه،

قَالَ الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: آخُذُ بِقَوْلِهِ فِي الغَرْسِ وَبِقَوْلِهِمَا فِي إِلْقَاءِ الطِّينِ. ثُمَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرِيمَهُ مِقْدَارُ نِصْفِ النَّهْرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِقْدَارُ بَطْنِ النَّهْرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ. وَهٰذَا أَرْفَقُ بِالنَّاسِ.

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: آخُذُ بِقَوْلِهِ فِي الغَرْسِ، وَبِقَوْلِهِمَا فِي إِلْقَاءِ الطِّينِ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

فُصُولٌ فِي مَسَائِلِ الشُّرْبِ

فَصْلٌ فِي المِيَاهِ

(وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نَهْرٌ أَوْ بِئْرٌ أَوْ قَنَاةٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ شَيْئًا مِنَ الشَّفَةِ، وَالشَّفَةُ الشِّرْبُ لِبَنِي آدَمَ وَالْبَهَائِمِ) اعْلَمْ أَنَّ المِيَاهَ أَنْوَاعٌ: مِنْهَا مَاءُ البِحَارِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ فِيهَا حَقُّ الشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي، حَتَّىٰ إِنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَكْرِيَ نَهْرًا مِنْهَا إِلَىٰ أَرْضِهِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذٰلِكَ، وَالِانْتِفَاعُ بِمَاءِ البَحْرِ كَالِانْتِفَاعِ بِالشَّمْسِ وَالْقَمَرِ وَالْهَوَاءِ فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الِانْتِفَاعِ

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

قوله: الشَّفَةِ، واحد الشفاه، وأصلها شفهة، سقطت الهاء تخفيفًا، ويقال: هم أهل الشفة، أي الذين لهم حقُّ الشرب بشفاههم وأن يسقوا دوابَّهم.

قوله: وَالِانْتِفَاعُ بِمَاءِ البَحْرِ كَالِانْتِفَاعِ بِالشَّمْسِ وَالْقَمَرِ، لأنَّ هذا الماءَ ليس لأحدٍ فيه حقٌّ على الخصوص، فإنَّ ذلك الموضع غير داخلٍ تحت قهر أحدٍ، لأنَّ قهر الماء يمنع قهر غيره، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِهِ عَلَىٰ أَيِّ وَجْهٍ شَاءَ.

بِهِ عَلَىٰ أَيِّ وَجْهٍ شَاءَ، وَالثَّانِي مَاءُ الأَوْدِيَةِ العِظَامِ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ وَدِجْلَةَ وَالْفُرَاتِ لِلنَّاسِ فِيهِ حَقُّ الشَّفَةِ عَلَى الإِطْلَاقِ وَحَقُّ سَقْيِ الأَرَاضِي، فَإِنْ أَحْيَا وَاحِدٌ أَرْضًا مَيْتَةً وَكَرَىٰ مِنْهُ نَهْرًا لِيَسْقِيَهَا، إِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْعَامَّةِ وَلَا يَكُونُ النَّهْرُ فِي مِلْكِ أَحَدٍ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ فِي الأَصْلِ إِذْ قَهْرُ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالْعَامَّةِ فَلَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُمْ وَاجِبٌ، وَذٰلِكَ فِي أَنْ يَمِيلَ المَاءُ إِلَىٰ هٰذَا الجَانِبِ إِذَا انْكَسَرَتْ ضِفَّتُهُ فَيُغْرِقَ القُرَىٰ وَالأَرَاضِي، وَعَلَىٰ هٰذَا نَصْبُ الرَّحَىٰ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ شَقَّ النَّهْرِ لِلرَّحَىٰ كَشَقِّهِ لِلسَّقْيِ بِهِ. وَالثَّالِثُ إِذَا دَخَلَ المَاءُ فِي المَقَاسِمِ فَحَقُّ الشَّفَةِ ثَابِتٌ. وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالْكَلَإِ، وَالنَّارِ» وَأَنَّهُ

قوله: وَالثَّانِي مَاءُ الأَوْدِيَةِ العِظَامِ، هيَ جمع الوادي علىٰ غير القياس، وأصل التَّركيب يدلُّ على الجري والخروج فسمِّي الوادي به، لأنَّ الماء يدي فيه أي يجري ويسيل، فكان فيه إطلاقٌ لاسم الحال على المحل، كذا في الصحاح وغيره، وَجَيْحُونَ، نَهر يزيد وخوارزم، وَسَيْحُونَ، نَهر التُّرك، وَدِجْلَةَ، بغير حرف التعريف نَهر بغداد، وَالْفُرَاتِ، نَهر الكوفة، وفي المغرب: ضفة النهر، جانبه بالكسر والفتح.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالْكَلَإِ، وَالنَّارِ»، أمَّا الماءُ فلأنه صار موجودًا بإيجاد الله تعالىٰ في مكانه فيبقى على الإباحة حتى يحرز، فإذا أخذه وجعله في وعاءٍ صار أخصَّ به، وجاز بيعه كالصيد يصير مملوكًا بالاستيلاء، وأمَّا الكلأ فهو الحشيش الذي ينبتُ من غير أن ينبته أحدٌ، فلا يملك صاحبه

يَنْتَظِمُ الشِّرْبَ، وَالشِّرْبُ خُصَّ مِنْهُ الأَوَّلُ وَبَقِيَ الثَّانِي وَهُوَ الشَّفَةُ، وَلِأَنَّ البِئْرَ وَنَحْوَهَا مَا وُضِعَ لِلْإِحْرَازِ. وَلَا يُمْلَكُ المُبَاحُ بِدُونِهِ كَالظَّبْيِ إِذَا تَكَنَّسَ فِي أَرْضِهِ، وَلِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ الشَّفَةِ ضَرُورَةً؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لَا يُمْكِنُهُ اسْتِصْحَابُ المَاءِ إِلَىٰ كُلِّ مَكَان وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِنَفْسِهِ وَظَهْرِهِ؛ فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ أَفْضَىٰ إِلَىٰ حَرَجٍ عَظِيمٍ، وَإِنْ أَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَسْقِيَ بِذٰلِكَ أَرْضًا أَحْيَاهَا كَانَ لِأَهْلِ النَّهْرِ أَنْ يَمْنَعُوهُ عَنْهُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرَّ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ خَاصٌّ لَهُمْ وَلَا ضَرُورَةَ. وَلِأَنَّا لَوْ أَبَحْنَا ذٰلِكَ لَانْقَطَعَتْ مَنْفَعَةُ الشِّرْبِ. وَالرَّابِعُ: المَاءُ المُحَرَّزُ فِي الأَوَانِي وَأَنَّهُ صَارَ مَمْلُوكًا لَهُ

بكونه في أرضه، فإن قطعه غيره وأحرزه ملكه وصار أخصَّ به، وأمَّا الحشيش الذي أنبته صاحبُ الأرض بأن سقىٰ أرضه وكربَها فأنبت الحشيش فيها لداوبه فهو أحقُّ بذلك، وليسَ لأحدٍ أن ينتفع به إلَّا برضاه، لأنه حصل بكسبه، والكسبُ للمكتسب، والشَّجر إذا نبت في أرض إنسانٍ يكون لصاحب الأرض، والشَّجر ما له ساقٌ نحو السوس والشرك، والحشيشُ ما لا ساقَ له إذا نبتَ بل ينبسط علىٰ وجه الأرض، وأمَّا النار فمعنىٰ إثبات الشركة فيها الانتفاع بضوئها والاصطلاء بِها، وليسَ لمن أوْقدَها أن يمنع غيره من الاقتباس منها، فأمَّا إذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليسَ له ذلك، لأنه ملك صاحبه، لأنَّ ذلك حطبٌ أو فحمٌ وأحرزه الذي أوْقَد النار، فإن أخذ من ذلك الجمر نظر، فإن كان ذلك ممَّا له قيمةٌ إذا جعله صاحبه فحمًا كان له أن يستَردَّه منه، وإن لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده لأنَّ الناس لا يمنعون هذا القدرَ عادةً، والمانعُ يكون متعنِّتًا والمتعنِّتُ ممنوعٌ شرعًا من التعنُّت.

قوله: خُصَّ مِنْهُ الأَوَّلُ، أي الشرب بالإجماع، لأنه يجوز بيعه تبعًا للأرض بالاتِّفاق ومقصودًا في روايةٍ.

بِالْإِحْرَازِ، وَانْقَطَعَ حَقُّ غَيْرِهِ عَنْهُ كَمَا فِي الصَّيْدِ المَأْخُوذِ، إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ شُبْهَةُ الشَّرِكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ مَا رَوَيْنَا، حَتَّىٰ لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ فِي مَوْضِعٍ يَعِزُّ وُجُودُهُ وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابًا لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ.

وَلَوْ كَانَ البِئْرُ أَوِ العَيْنُ أَوِ الحَوْضُ أَوِ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ يُرِيدُ الشَّفَةَ مِنَ الدُّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِذَا كَانَ يَجِدُ مَاءً آخَرَ يَقْرُبُ مِنْ هٰذَا المَاءِ فِي غَيْرِ مِلْكِ أَحَدٍ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُ يُقَالُ لِصَاحِبِ النَّهْرِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الشَّفَةَ أَوْ تَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكْسِرَ ضِفَّتَهُ، وَهٰذَا مَرْوِيٌّ عَنِ الطَّحَاوِيِّ، وَقِيلَ مَا قَالَهُ صَحِيحٌ فِيمَا إِذَا احْتَفَرَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ. أَمَّا إِذَا احْتَفَرَهَا فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّ المَوَاتَ كَانَ مُشْتَرَكًا وَالْحَفْرُ لِإِحْيَاءِ حَقٍّ مُشْتَرَكٍ فَلَا يَقْطَعُ الشِّرْكَةَ فِي الشَّفَةِ، وَلَوْ مَنَعَهُ عَنْ ذٰلِكَ، وَهُوَ يَخَافُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ ظَهْرِهِ العَطَشَ لَهُ أَنْ يُقَاتِلَهُ بِالسِّلَاحِ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِتْلَافَهُ بِمَنْعِ حَقِّهِ وَهُوَ الشَّفَةُ، وَالْمَاءُ فِي البِئْرِ مُبَاحٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ، بِخِلَافِ المَاءِ المُحَرَّزِ فِي الإِنَاءِ حَيْثُ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ، وَكَذَا الطَّعَامُ عِنْدَ إِصَابَةِ المَخْمَصَةِ، وَقِيلَ

قوله: وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابًا لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ، فإن قيل: فعلىٰ هذا ينبغي أن لا يكون في السرقة قطع اليد نظرًا إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]؟ قلنا: ثبتَ بالنصِّ فلا يردُ علينا نقضًا، ولأنَّ مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد فيكون المعنىٰ واللهُ أعلم خَلَق لكلِّ واحد منكم ما وَقعَ في يده لا كلُّ الأشياء.

فِي البِئْرِ وَنَحْوِهَا الأَوْلَىٰ أَنْ يُقَاتِلَهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ بِعَصًا؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَعْصِيَةً فَقَامَ ذٰلِكَ مَقَامَ التَّعْزِيرِ لَهُ؛ وَالشَّفَةُ إِذَا كَانَ يَأْتِي عَلَى المَاءِ كُلِّهِ بِأَنْ كَانَ جَدْوَلًا صَغِيرًا. وَفِيمَا يَرِدُ مِنَ الإِبِلِ وَالْمَوَاشِي كَثْرَةٌ يَنْقَطِعُ المَاءُ بِشُرْبِهَا قِيلَ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الإِبِلَ لَا تَرِدُهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ وَصَارَ كَالْمُيَاوَمَةِ وَهُوَ سَبِيلٌ فِي قِسْمَةِ الشِّرْبِ. وَقِيلَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا: بِسَقْيِ المَزَارِعِ وَالْمَشَاجِرِ وَالْجَامِعُ تَفْوِيتُ حَقِّهِ، وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا المَاءَ مِنْهُ لِلْوُضُوءِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الأَمْرَ بِالْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ فِيهِ كَمَا قِيلَ يُؤَدِّي إِلَىٰ الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَسْقِيَ شَجَرًا أَوْ خَضِرًا فِي دَارِهِ حَمْلًا بِجِرَارِهِ لَهُ ذٰلِكَ فِي الأَصَحِّ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَوَسَّعُونَ فِيهِ وَيَعُدُّونَ المَنْعَ مِنَ الدَّنَاءَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ وَنَخْلَهُ وَشَجَرَهُ مِنْ نَهْرِ هٰذَا الرَّجُلِ وَبِئْرِهِ وَقَنَاتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ نَصًّا، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ المَاءَ مَتَىٰ دَخَلَ فِي المَقَاسِمِ انْقَطَعَتْ شِرْكَةُ الشِّرْبِ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ فِي إِبْقَائِهِ قَطْعَ شِرْبِ صَاحِبِهِ، وَلِأَنَّ المَسِيلَ حَقُّ صَاحِبِ النَّهْرِ، وَالضِّفَّةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْيِيلُ فِيهِ وَلَا شَقُّ الضِّفَّةِ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهُ فِي ذٰلِكَ أَوْ أَعَارَهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ فَتَجْرِىٰ فِيهِ الإِبَاحَةُ

قوله: وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا المَاءَ مِنْهُ لِلْوُضُوءِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ فِي الصَّحِيحِ، وعند بعضهم يتوضَّأ في النهر ويغسل الثِّياب فيه.

قوله: انْقَطَعَتْ شِرْكَةُ الشِّرْبِ بِوَاحِدَةٍ، أي بالكلية، والله تعالىٰ أعلم.

كَالْمَاءِ الْمُحَرَّزِ فِي إِنَائِهِ.

فَصْلٌ فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الأَنْهَارُ ثَلَاثَةٌ: نَهْرٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ وَلَمْ يَدْخُلْ مَاؤُهُ فِي المَقَاسِمِ بَعْدُ كَالْفُرَاتِ وَنَحْوِهِ، وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسْمَةِ إِلَّا أَنَّهُ عَامٌّ. وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسْمَةِ وَهُوَ خَاصٌّ. وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا اسْتِحْقَاقُ الشَّفَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ. فَالأَوَّلُ كَرْيُهُ عَلَى السُّلْطَانِ

فصل في كري الأنهار

قوله: الأَنْهَارُ ثَلَاثَةٌ: نَهْرٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ - وهو عامٌّ من كل وجهٍ - وَلَمْ يَدْخُلْ مَاؤُهُ فِي المَقَاسِمِ، أي لا يُقسَم ماؤه ولا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه، فإنه لا يمكن قسمة مائه بأن يكون يومًا لقومٍ ويومًا لآخرين، ونَهرٌ مملوكٌ دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عامٌّ، أي من وجهٍ وخاصٌّ من وجهٍ، ونَهر مملوكٌ دخل ماؤه في القسمة، وهو خاصٌّ من كلِّ وجهٍ.

قوله: وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا اسْتِحْقَاقُ الشَّفَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ، يعني أنَّ كل ما يستحقُّ به الشفةَ خاصٌّ وما لا يستحق به عامٌّ، وتكلَّموا في النهر الخاص، قال بعضهم: إن كان النهر لعشرةٍ فما دونَها، أو عليه قريةٌ واحدةٌ يعني ماءه فيها فهو خاصٌّ يستحق به الشفة، وإن كان النهر لما فوق العشرة فهو نَهْرٌ عام، وقال بعضهم: إن كان النهر لما دون الأربعين فهو خاصٌّ،

مِنْ بَيْتِ مَالِ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الكَرْيِ لَهُمْ فَتكُونُ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤْنَةِ الخَرَاجِ وَالْجِزْيَةِ دُونَ العُشُورِ وَالصَّدَقَاتِ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْأَوَّلَ لِلنَّوَائِبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ المَالِ شَيْءٌ فَالْإِمَامُ يُجْبِرُ النَّاسَ عَلَىٰ كَرْيِهِ إِحْيَاءً لِمَصْلَحَةِ العَامَّةِ إِذْ هُمْ لَا يُقِيمُونَهَا بِأَنْفُسِهِمْ، وَفِي مِثْلِهِ قَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لَوْ تُرِكْتُمْ لَبِعْتُمْ أَوْلَادَكُمْ، إِلَّا أَنَّهُ يُخْرِجُ لَهُ مَنْ كَانَ يُطِيقُهُ وَيُجْعَلُ مُؤْنَتُهُ عَلَى المَيَاسِيرِ الَّذِينَ لَا يُطِيقُونَهُ بِأَنْفُسِهِمْ. وَأَمَّا الثَّانِي فَكَرْيُهُ عَلَىٰ أَهْلِهِ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ وَالْمَنْفَعَةَ تَعُودُ إِلَيْهِمْ عَلَى الخُصُوصِ وَالْخُلُوصِ، وَمَنْ أَبَىٰ مِنْهُمْ يُجْبَرُ عَلَىٰ كَرْيِهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ العَامِّ وَهُوَ ضَرَرُ بَقِيَّةِ الشُّرَكَاءِ وَضَرَرُ الآبِي خَاصٌّ وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَلَا يُعَارَضُ بِهِ؛ وَلَوْ أَرَادُوا أَنْ

وإن كان لأربعين فهو نَهْرٌ عامٌ، وقال بعضهم: جعلوا الحدَّ الفاصل في المائة، وبعضهم في الألف، وأصحُّ ما قيل فيه أنه مفوَّضٌ إلىٰ رأي المجتهد حتَّىٰ يختار من الأقاويل أيَّ قولٍ شاءَ، كذا في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ، وقيل: الخاص ما لا تجري فيه السفن، وما تجري فيه فهو عام، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: الخاص أن يكون نَهْرًا ليسقىٰ منه قراحان أو ثلاثة، وما وراء ذلك فهو عامٌّ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُخْرِجُ لَهُ، أي للكري، ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم، كما يفعل في تجهيز الجيوش، لأنه يخرج من كان يطيقُ القتالَ ويجعل مؤنته على الأغنياء، كذا ههنا.

قوله: وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ - وهو حصَّة من الشرب - فَلَا يُعَارَضُ بِهِ، أي فلا يعارض

يُحَصِّنُوهُ خِيفَةَ الِانْبِثَاقِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَامٌّ كَغَرَقِ الأَرَاضِي وَفَسَادِ الطُّرُقِ يُجْبَرُ الآبِي، وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ بِخِلَافِ الكَرْيِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ. وَأَمَّا الثَّالِثُ وَهُوَ الخَاصُّ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَكَرْيُهُ عَلَىٰ أَهْلِهِ لِمَا بَيَّنَّا ثُمَّ قِيلَ يُجْبَرُ الآبِي كَمَا فِي الثَّانِي. وَقِيلَ لَا يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الضَّرَرَيْنِ خَاصٌّ. وَيُمْكِنُ دَفْعُهُ عَنْهُمْ بِالرُّجُوعِ عَلَى الآبِي بِمَا أَنْفَقُوا فِيهِ إِذَا كَانَ بِأَمْرِ القَاضِي فَاسْتَوَتِ الجِهَتَانِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَلَا يُجْبَرُ لِحَقِّ الشَّفَةِ

الضَّرر العام بالضَّرر الخاص ما تقدَّم، بل يغلبُ جانب الضرر العام فيجعل ضررًا ويجب السعيُ في إعدامه وإن بقي الضرر الخاص، مع أنَّ ذلك الضرر في الخاص مجبورٌ بعوضٍ يقابله وهو حصَّة من الشرب.

قوله: ثُمَّ قِيلَ يُجْبَرُ الآبِي، وهو قول أبي بكر الأسكاف رضي الله تعالىٰ عنه، وَقِيلَ لَا يُجْبَرُ، وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخي رحمه الله تعالىٰ، كذا في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ، ثمَّ ما ذكره من إجبار الآبي فيما إذا كان كرى البعض وأبى البعض فحينئذٍ يجبَر الآبي علىٰ قول البعض، وأمَّا إذا امتنع الكلُّ من الكري واتفقوا علىٰ ترك الكري ففي ظاهر المذهب لا يجبِرهم الإمام علىٰ ذلك، كما لو امتنعوا عن عمارة أراضيهم ودُوَرهم، وقد قال بعض المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ يجبِرهم علىٰ ذلك لحقِّ أصحاب الشفة في النهر، كذا في المبسوط.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وهو الإجبار في النهر الثاني، فإنَّ من أبىٰ من أهله يُجبَر عليه هناكَ، لأنَّ إحدى الجنبتين هناك عامٌّ والأخرىٰ خاصٌّ، فيجبَر الآبي دفعًا للضرر العام عن غيره، وأمَّا ههنا فكلتا الجنبتين خاصٌّ فاستويتا فلا يجبَر.

قوله: وَلَا يُجْبَرُ لِحَقِّ الشَّفَةِ، هذا جوابُ إشكالٍ، وهو أنَّ في كري النهر الخاص

كَمَا إِذَا امْتَنَعُوا جَمِيعًا وَمُؤْنَةُ كَرْيِ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ عَلَيْهِمْ مِنْ أَعْلَاهُ، فَإِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنْهُ وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: هِيَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَىٰ آخِرِهِ بِحِصَصِ الشِّرْبِ وَالْأَرْضِينَ؛ لِأَنَّ لِصَاحِبِ الأَعْلَىٰ حَقًّا فِي الأَسْفَلِ لِاحْتِيَاجِهِ إِلَىٰ تَسْيِيلِ مَا فَضَلَ مِنَ المَاءِ فِيهِ. وَلَهُ أَنَّ المَقْصِدَ مِنَ الكَرْيِ الِانْتِفَاعُ بِالسَّقْيِ، وَقَدْ حَصَلَ لِصَاحِبِ الأَعْلَىٰ فَلَا يَلْزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ، وَلَيْسَ عَلَىٰ صَاحِبِ المَسِيْلِ عِمَارَتُهُ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَسِيلٌ عَلَىٰ سَطْحِ غَيْرِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ

إحياء حقِّ الشفة للعامة فيكون في التَّرك ضررٌ عامٌ فينبغي أن يجبَر الآبي على الكري دفعًا لضرر أهل الشفة، وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ، فجواب ظاهر الرواية أنه لا يُجْبَر الآبي لحقِّ أهل الشفة، كما لو امتنعَ جميعُ أهل النهر من كريه، حيث لا يجبَرون على الكري لحقِّ أهل الشفة، ولأنَّ هذا امتناعٌ عن إثبات الحقِّ لهم لا إبطال حقِّهم، لأنَّ حقَّهم إنَّما يثبت حال جريان الماء لا قبله، وهذا كامتناع الوليِّ لليتيم فإنَّ له ذلك، لأنه امتناعٌ عن ثبوت الحقِّ لليتيم لا إبطالُ حقِّه.

قوله: فَإِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنْهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وبقول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أخذوا في الفتوىٰ، كذا في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله.

قوله: فَلَا يَلْزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ، والصوابُ: نفع غيره، لأنَّ الإنفاع في معنى النفع غير مسموع.

قوله: وَلَيْسَ عَلَىٰ صَاحِبِ المَسِيْلِ عِمَارَتُهُ، أي ليسَ علىٰ من هو في أعلى النهر عِمارة أسفل النهر بسبب حقِّ تسييل الماء له، وهذا جوابٌ عن قولهما لاحتياجه إلىٰ تسييل ما فضل من الماء فيه؟ قلنا: مع ذلك لا يلزمه شيءٌ من عمارته ذلك الموضع

يُمْكِنُهُ دَفْعَ المَاءِ عَنْ أَرْضِهِ بِسَدِّهِ مِنْ أَعْلَاهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يُرْفَعُ عَنْهُ إِذَا جَاوَزَ أَرْضَهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ إِذَا جَاوَزَ فُوَّهَةَ نَهْرِهِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ لَهُ رَأْيًا فِي اتِّخَاذِ الفُوَّهَةِ مِنْ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، فَإِذَا جَاوَزَ الكَرْيُ أَرْضَهُ حَتَّىٰ سَقَطَتْ عَنْهُ مُؤْنَتُهُ قِيلَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ المَاءُ لِيَسْقِيَ أَرْضَهُ لِانْتِهَاءِ الكَرْيِ فِي حَقِّهِ، وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ مَا لَمْ يَفْرُغْ شُرَكَاؤُهُ نَفْيًا لِاخْتِصَاصِهِ، وَلَيْسَ عَلَىٰ أَهْلِ الشَّفَةِ مِنَ الكَرْيِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُحْصَوْنَ، وَلِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ.

باعتبار تسييل الماء فيه، ألا ترىٰ أنَّ من له حقُّ تسييل ماء سطحه علىٰ سطح جاره لا يلزمه شيءٌ من عمارة سطح جاره، ثمَّ هو متمكِّن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري أسفل النهر بأن يسدَّ فوهة النهر من أعلاه إذا استغنىٰ عن الماء، فعرفنا أنَّ الحاجة المعتبَرة في إلزام مؤنة الكري الحاجة إلىٰ سقي الأراضي.

قوله: وَلَيْسَ عَلَىٰ أَهْلِ الشَّفَةِ مِنَ الكَرْيِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُحْصَوْنَ، ومؤنة الكري لا تستحقُّ علىٰ قومٍ لا يحصون، ولأنَّ أهل الشفة جميع أهل الدنيا، فلا يمكن جمعهم في الكري.

قوله: وَلِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ، والمؤنة على الأصول دون الأتباع، ألا يرىٰ أنَّ المؤنة في القتيل للوجود في المحلة علىٰ أصحاب الخطَّة دون المشتَرين والسكَّان.

فَصْلٌ فِي الدَّعْوَىٰ وَالْاِخْتِلَافِ وَالتَّصَرُّفِ فِيْهِ

قَالَ: (وَتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُمْلَكُ بِدُونِ الأَرْضِ إِرْثًا، وَقَدْ يَبِيعُ الأَرْضَ وَيَبْقَىٰ الشِّرْبُ لَهُ وَهُوَ مَرْغُوبٌ فِيهِ فَيَصِحُّ فِيهِ الدَّعْوَىٰ (وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ لَا يُجْرَى النَّهْرُ فِي أَرْضِهِ تُرِكَ عَلَىٰ حَالِهِ) ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ لَهُ بِإِجْرَاءِ مَائِهِ. فَعِنْدَ الِاخْتِلَافِ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ، وَلَمْ يَكُنْ جَارِيًا فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ أَنَّ هٰذَا النَّهْرَ لَهُ،

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قوله: وَتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا، والقياسُ أن لا يصحَّ، لأنَّ شرط صحَّة الدَّعوىٰ إعلام المدَّعي في الدَّعوىٰ الشهادة، والشرب مجهولٌ جهالةً لا تقبل الإعلام، وجه الاستحسان أنَّ الشرب قد يملك بدون الأرض إرثًا ووصيةً وقد يبيعُ الأرض بدون الشرب، فبقي له الشرب وحده وهو مرغوبٌ فيه منتفعٌ به، فإذا استولَّىٰ عليه غيره كان له أن يدفع الظُّلمَ عن نفسه بإثبات حقِّه بالبينة.

قوله: فَأَرَادَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ لَا يُجْرَى النَّهْرُ فِي أَرْضِهِ، أي زَعَم أنَّ النهرَ له وليسَ لذلك الرجل حقٌّ فيه.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ، علامة كون النَّهر في يده كريه وغرس الأشجار في جانبيه

أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ لَهُ فِي هٰذَا النَّهْرِ يَسُوقُهُ إِلَىٰ أَرْضِهِ لِيَسْقِيَهَا فَيَقْضِي لَهُ لِإِثْبَاتِهِ بِالْحُجَّةِ مِلْكًا لَهُ أَوْ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فِيهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا المَصَبُّ فِي نَهْرٍ أَوْ عَلَىٰ سَطْحٍ أَوِ المِيزَابُ أَوِ المَمْشَىٰ فِي دَارِ غَيْرِهِ، فَحُكْمُ الِاخْتِلَافِ فِيهَا نَظِيرُهُ فِي الشِّرْبِ.

(وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ وَاخْتَصَمُوا فِي الشِّرْبِ كَانَ الشِّرْبُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ) ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الِانْتِفَاعُ بِسَقْيِهَا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ التَّطَرُّقُ وَهُوَ فِي الدَّارِ الوَاسِعَةِ وَالضَّيِّقَةِ عَلَىٰ نَمَطٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ الأَعْلَىٰ مِنْهُمْ لَا يَشْرَبُ حَتَّىٰ يَسْكُرَ النَّهْرَ لَمْ يَكُنْ

وسائر تصرفاته.

قوله: أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ لَهُ فِي هٰذَا النَّهْرِ، أي في موضع الإجراء وهو حقُّ التسييل.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا المَصَبُّ، يعني موضع اجتماع ما يفضل من الماء.

قوله: كَانَ الشِّرْبُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ، فإن قيل: قد استووا في إثبات اليد على الماء الذي في النَّهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه؟ قلنا: اليد لا تثبتُ على الماء الذي في النهر لأحدٍ حقيقةً وإنَّما ذلك بالانتفاع بالماء، والظاهرُ أنَّ من له عشرة قطاعٍ لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعةٌ واحدةٌ، ثمَّ الماء لا يمكن إحرازه بإثبات اليد عليه وإنَّما إحرازه بسقي الأرض، وإنَّما ثَبَتَ اليد عليه بحسب ذلك، وهذا بخلاف الطريق إذا اختصمَ فيه الشركاء فإنَّهم يستوون في ملك رقبة الأرض ولا يعتبَر في ذلك سعة الدار وضيقها، لأنَّ الطريقَ عين يثبت اليد عليه، والمقصود التطرُّق فيه والتطرُّق

لَهُ ذٰلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ البَاقِينَ، وَلٰكِنَّهُ يَشْرَبُ بِحِصَّتِهِ، فَإِنْ تَرَاضَوْا عَلَىٰ أَنْ يَسْكُرَ الأَعْلَى النَّهْرَ حَتَّىٰ يَشْرَبَ بِحِصَّتِهِ أَوِ اصْطَلَحُوا عَلَىٰ أَنْ يَسْكُرَ كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ فِي نَوْبَتِهِ جَازَ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذٰلِكَ بِلَوْحٍ لَا يَسْكُرُ بِمَا يَنْكَبِسُ بِهِ النَّهْرُ مِنْ غَيْرِ تَرَاضٍ لِكَوْنِهِ إِضْرَارًا بِهِمْ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَكْرِيَ مِنْهُ نَهْرًا أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَىٰ مَاءٍ إِلَّا بِرِضَا أَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ كَسْرَ ضِفَّةِ النَّهْرِ وَشَغْلَ مَوْضِعٍ مُشْتَرَكٍ بِالْبِنَاءِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَحًىٰ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ وَلَا بِالْمَاءِ، وَيَكُونُ مَوْضِعُهَا فِي أَرْضِ صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ وَلَا ضَرَرَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ. وَمَعْنَى الضَّرَرِ بِالنَّهْرِ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ كَسْرِ ضِفَّتِهِ، وَبِالْمَاءِ أَنْ يَتَغَيَّرَ عَنْ سُنَنِهِ الَّذِي كَانَ يَجْرِي عَلَيْهِ، وَالدَّالِيَةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَىٰ، وَلَا يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا وَلَا قَنْطَرَةً بِمَنْزِلَةِ طَرِيقٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لِوَاحِدٍ نَهْرٌ خَاصٌّ يَأْخُذُ مِنْ نَهْرٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ فَأَرَادَ أَنْ يُقَنْطِرَ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْثِقَ مِنْهُ لَهُ ذٰلِكَ، أَوْ كَانَ مُقَنْطِرًا مُسْتَوْثِقًا فَأَرَادَ أَنْ يَنْقُضَ ذٰلِكَ

فيه إلى الدار الواسعة وإلى الدار الضيقة بصفةٍ واحدةٍ.

قوله: وَالدَّالِيَةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَىٰ، الدالية جذعٌ طويلٌ تركب تركيبَ مداق الأرز وفي رأسه مغرفةٌ كبيرةٌ يستقىٰ بها، والسانية البعير يسنىٰ عليه، أي يستقىٰ من البئر، ويُقال للغرب مع أدواته سمانية أيضـًا، والجسر اسم لما يُوضع ويرفع ممَّا يتخذ من الخشب والألواح، والقنطرة مما يتَّخذ من الآجر والحجر يكون موضوعًا ولا يرفع.

قوله: وَيَسْتَوْثِقَ مِنْهُ، أي يشدُّ جانبي القنطرة من النَّهر.

وَلَا يَزِيدَ ذٰلِكَ فِي أَخْذِ المَاءِ حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذٰلِكَ، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ وَضْعًا وَرَفْعًا، وَلَا ضَرَرَ بِالشُّرَكَاءِ بِأَخْذِ زِيَادَةِ المَاءِ، وَيُمْنَعُ مِنْ أَنْ يُوَسِّعَ فَمَ النَّهْرِ؛ لِأَنَّهُ يَكْسِرُ ضِفَّةَ النَّهْرِ، وَيَزِيدُ عَلَىٰ مِقْدَارِ حَقِّهِ فِي أَخْذِ المَاءِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتِ القِسْمَةُ بِالْكُوَىٰ، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ لِاحْتِبَاسِ المَاءِ فِيهِ فَيَزْدَادُ دُخُولُ المَاءِ فِيهِ. بِخِلَافِ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُسْفِلَ كُوَاهُ أَوْ يَرْفَعَهَا حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذٰلِكَ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ المَاءِ فِي الأَصْلِ بِاعْتِبَارِ سَعَةِ الكُوَّةِ وَضِيقِهَا مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ التَّسَفُّلِ وَالتَّرَفُّعِ وَهُوَ العَادَةُ

قوله: وَلَا يَزِيدَ ذٰلِكَ فِي أَخْذِ المَاءِ، أي لا يزيد نقض القنطرة لدخول الماء في النهر الخاص.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَتِ القِسْمَةُ بِالْكُوَىٰ، أي لا يكون له أن يوسع الكوَّة.

قوله: بِالْكُوَىٰ، الكوَّة: ثقب البيت، والجمع كُوىً، وقد يضمُّ الكاف في المفرد والجمع، ويستعار لمفاتح الماء إلى المزارع والجداول، فيقال: كُوَى النهر.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ، أي من النهر، وهذا التقدير اتفاقي والعبْرة للاحتباس، وصورة هذا إذا كانت الألواح التي فيها الكوَّة في فم النهر، أراد أن يؤخرها عن فهم النَّهر فيجعلها في وسط النهر، ويدع فوهة النهر بغير لوحٍ، كذا في الذخيرة.

قوله: أَرَادَ أَنْ يُسْفِلَ كُوَاهُ، أي أراد أن يضع الكوَّة أعْمَق عمَّا كانت هيَ في ذلك الموضع، أَوْ يَرْفَعَهَا، يعني إلىٰ وجه الأرض.

فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ تَغْيِيرُ مَوْضِعِ القِسْمَةِ، وَلَوْ كَانَتِ القِسْمَةُ وَقَعَتْ بِالْكُوَىٰ فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُقَسِّمَ بِالْأَيَّامِ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ القَدِيمَ يُتْرَكُ عَلَىٰ قِدَمِهِ لِظُهُورِ الحَقِّ فِيهِ. وَلَوْ كَانَ لِكُلٍّ مِنْهُمْ كُوًىٰ مُسَمَّاةٌ فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَزِيدَ كُوَّةً وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِأَهْلِهِ؛ لِأَنَّ الشِّرْكَةَ خَاصَّةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الكُوَىٰ فِي النَّهْرِ الأَعْظَمِ؛ لِأَنَّ لِكُلٍّ مِنْهُمْ أَنْ يَشُقَّ نَهْرًا مِنْهُ ابْتِدَاءً فَكَانَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي الكُوَىٰ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ.

(وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشُّرَكَاءِ فِي النَّهْرِ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَىٰ أَرْضٍ لَهُ أُخْرَىٰ لَيْسَ لَهَا فِي ذٰلِكَ شِرْبٌ) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَىٰ أَنَّهُ حَقُّهُ (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ فِي أَرْضِهِ الأُولَىٰ حَتَّىٰ يَنْتَهِيَ إِلَىٰ هٰذِهِ الأَرْضِ الأُخْرَىٰ) ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي زِيَادَةً عَلَىٰ حَقِّهِ، إِذِ الأَرْضُ الأُولَىٰ تُنَشِّفُ بَعْضَ المَاءِ قَبْلَ أَنْ تُسْقَىٰ الأَرْضُ الأُخْرَىٰ، وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ

قوله: وَلَوْ كَانَ لِكُلٍّ مِنْهُمْ كُوًى مُسَمَّاةٌ، أي معدودةً.

قوله: فِي النَّهْرِ الأَعْظَمِ، أي كدجلة وفرات.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ فِي أَرْضِهِ الأُولَىٰ - أي التي لها شربٌ - حَتَّىٰ يَنْتَهِيَ إِلَىٰ هٰذِهِ الأَرْضِ الأُخْرَىٰ، وهيَ التي لا شربَ لها، وذكر خواهر زاده رحمه الله تعالىٰ: إذا ملأ الأرض الأولىٰ من الماء وسدَّ فوهة النهر، له أن يسقي الأرض الأخرىٰ من هذا الماء، لأنه حينئذٍ لم يستوفِ زيادةً علىٰ حقِّه، وإن لم يسدَّ فوهة النهر ليس له ذلك.

قوله: وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ، ووجه كونه نظيرًا هو أنه يزيد في الشرب ما ليس له

أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا إِلَىٰ دَارٍ أُخْرَىٰ سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هٰذِهِ الدَّارِ الَّتِي يَفْتَحُهَا فِي هٰذَا الطَّرِيقِ، وَلَوْ أَرَادَ الأَعْلَىٰ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي النَّهْرِ الخَاصِّ وَفِيهِ كُوًىٰ بَيْنَهُمَا أَنْ يَسُدَّ بَعْضَهَا دَفْعًا لِفَيْضِ المَاءِ عَنْ أَرْضِهِ كَيْ لَا تَنِزَّ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْآخَرِ، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُقَسِّمَ الشِّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ بِالْكُوَىٰ تَقَدَّمَتْ إِلَّا

منه حقٌّ في الشرب ويزيدُ في الطريق من المارة من ليسَ له حقٌّ في المرور، يعني إذا كان له داران متلازقان وهو يسكن إحداهما والأخرىٰ يسكنها غيره، وممرُّ الدار التي هو يسكنها في طريقٍ مشتَرَكٍ فأرادَ أن يفتح بابًا للدار الأخرىٰ إلىٰ هذا ليس له ذلك.

قوله: سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هٰذِهِ الدَّارِ، قيِّد به لأنه لو كان ساكن الدارين واحدًا كان له أن يفتح بابًا إلى الدار الأخرىٰ، لأنه متىٰ كان ساكن الدارين واحد لا يزداد المار.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْآخَرِ، بسدِّ الكري وهو فعل صاحب الأعلىٰ، وليسَ لأحد الشريكين أن يتصرَّف في المشتَرَك علىٰ وجهٍ يلحق الضرر شريكه، وضررًا لنزٍّ لا يلحقه بفعل صاحب الأسفل بل بكون أرضه في أعلى النهر، وبمقابلة هذا الضرر له منفعةٌ إذا قلَّ الماء.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُقَسِّمَ الشِّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا، أي ليسَ له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوىٰ، وهو أن يقول لشريكه: اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان في حصَّتي سددتُ ما بدا لي منها وأنتَ في حصتكَ فتحت كلها، ليس له ذلك، لأنَّ القسمة قد تمَّت بينهما مرَّةً فلا يكون لأحدهما أن يطالب بقسمةٍ أخرىٰ، وفي القسمة الأولىٰ الانتفاع بالماء يستدامُ، وفيما يطالبُ هذا به يكون انتفاعُ كلِّ واحد منهما بالماء في بعض المدَّة وربَّما يضرُّ ذلك لصاحب الأسفل.

أَنْ يَتَرَاضَيَا؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا، وَبَعْضُ التَّرَاضِي لِصَاحِبِ الأَسْفَلِ أَنْ يَنْقُضَ ذٰلِكَ. وَكَذَا لِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةُ الشِّرْبِ، فَإِنَّ مُبَادَلَةَ الشِّرْبِ بِالشِّرْبِ بَاطِلَةٌ، وَالشِّرْبُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَىٰ بِالِانْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ بِذٰلِكَ حَيْثُ لَا تَجُوزُ العُقُودُ إِمَّا لِلْجَهَالَةِ أَوْ لِلْغَرَرِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوَّمٍ حَتَّىٰ لَا يَضْمَنَ إِذَا سَقَىٰ مِنْ شِرْبِ غَيْرِهِ، وَإِذَا بَطَلَتِ العُقُودُ فَالْوَصِيَّةُ بِالْبَاطِلِ بَاطِلَةٌ،

قوله: فَإِنَّ مُبَادَلَةَ الشِّرْبِ بِالشِّرْبِ بَاطِلَةٌ، لأنه بيع الجنس بالجنس نسيئةً، لأنَّ ماء الغد لا يكون موجودًا اليوم، والجنسُ بانفراده يحرم النساء، ولأنه بيع المعدوم، لأنَّ الماء معدومٌ في النهر في الحال، ولأنه مجهول القدر، ولأن معاوضة الشرب بمالٍ معلوم لا يجوز، فبمجهولٍ أَوْلىٰ، ولأنَّ فيه غررًا، فإنه مجهولٌ لا يُدرىٰ أنَّ الماء يجري في الوقت الثاني أم لا.

قوله: وَالشِّرْبُ مِمَّا يُورَثُ، لأنَّ الورثة يقومون مقام المورث في أملاكه وحقوقه، وقد يملك لغيره بالإرث ما لا يملك من أسباب الملك، كالقصاص والدَّين والخمر.

قوله: وَيُوصَىٰ بِالِانْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ، قيَّد الإيصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازًا عن الإيصاء ببيع الشرب، فإنَّ ذلك باطلٌ علىٰ ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَالْوَصِيَّةِ بِذٰلِكَ، أي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته، فإنَّ ذلك لا يصحُّ كما لا يصحُّ بيعه وهبته.

قوله: حَتَّىٰ لَا يَضْمَنَ إِذَا سَقَىٰ مِنْ شِرْبِ غَيْرِهِ، هذا علىٰ رواية الأصل، واختيار فخر الإسلام أنه يضمن.

وَكَذَا لَا يَصْلُحُ مُسَمًّىٰ فِي النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَا فِي الْخُلْعِ حَتَّىٰ يَجِبَ رَدُّ مَا قَبَضَتْ مِنَ الصَّدَاقِ لِتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ. وَلَا يَصْلُحُ بَدَلُ الصُّلْحِ عَنِ الدَّعْوَىٰ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْلَكُ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُقُودِ. وَلَا يُبَاعُ الشِّرْبُ فِي دَيْنِ صَاحِبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِدُونِ أَرْضٍ كَمَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَكَيْفَ يَصْنَعُ الْإِمَامُ؟ الْأَصَحُّ أَنْ يَضُمَّهُ إِلَىٰ أَرْضٍ لَا شِرْبَ لَهَا فَيَبِيعَهَا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَىٰ قِيمَةِ الْأَرْضِ مَعَ الشِّرْبِ وَبِدُونِهِ فَيَصْرِفُ التَّفَاوُتَ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ ذٰلِكَ اشْتَرَىٰ عَلَىٰ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ أَرْضًا بِغَيْرِ شِرْبٍ، ثُمَّ ضَمَّ الشِّرْبَ إِلَيْهَا وَبَاعَهُمَا فَيَصْرِفُ مِنَ الثَّمَنِ إِلَىٰ ثَمَنِ الْأَرْضِ وَيَصْرِفُ الْفَاضِلَ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ (وَإِذَا سَقَىٰ الرَّجُلُ

قوله: وَكَذَا لَا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ، يعني إذا تزوَّج الرجلُ امرأةً علىٰ شرب أرضٍ فالنكاح جائزٌ وليسَ لها من الشرب شيءٌ، لأنَّ الشربَ بدون الأرض لا يحتمل التمليكَ بعقد المعاوضة ولا في الخلع، يعني لو اختلعت امرأةٌ من زوجها علىٰ شربٍ بغير أرضٍ كان باطلًا، لا يكون له من الشرب شيء ولكن الخلع صحيحٌ وعليها أن تردّ المهر الذي أخذت، لأنَّها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوبٌ فيه، فتصير غارّةً بهذه التسمية، والغرور في الخلع يلزمها ردُّ ما قبضت، كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع فإذا ليس في بيتها شيءٌ.

قوله: وَكَيْفَ يَصْنَعُ الإِمَامُ؟ الأَصَحُّ أَنْ يَضُمَّهُ إِلَىٰ أَرْضٍ لَا شِرْبَ لَهَا، وقيل: يتَّخذ حوضًا ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبةٍ، ثمَّ يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمنٍ معلومٍ فيقضي به الدين.

أَرْضَهُ أَوْ مَخَرَهَا مَاءً) أَيْ مَلَأَهَا (فَسَالَ مِنْ مَائِهَا فِي أَرْضِ رَجُلٍ فَغَرَّقَهَا أَوْ نَزَّتْ أَرْضُ جَارِهِ مِنْ هٰذَا المَاءِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ، وهذا لأنَّ كون الفعل علةً للشيء إنَّما يعرف بالأثر اللازم له، والأثر اللازم لفعله اجتماع الماء في أرضه، وإنَّما صارت أرض جاره ذات نَزٍّ بالشرب والاجتذاب، وهو أمرٌ اتفاقيٌّ قد يكون وقد لا يكون، فلا يضُاف إلىٰ فعله، إلا أنه لولا فعله لَمَا حصل هذا الفساد، فصار فعله في حقِّ هذا الأثر سببًا محضًا، والمسبِّب إنَّما يضمن إذا تعدَّىٰ كحافر البئر وواضع الحجر وفعله في أرضه مباحٌ فلم يضمن، قالوا هذا إذا سقىٰ أرضه سقيًا معتادًا يتحمَّل عادةً، أما إذا سقىٰ سقيًا لا تتحمَّل أرضه فيضمن، لأنه أجرى الماء إلىٰ أرض جاره تقديرًا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ

سُمِّيَ بِهَا وَهِيَ جَمْعُ شَرَابٍ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيَانِ حُكْمِهَا.

قَالَ: (الْأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الخَمْرُ وَهِيَ عَصِيرُ العِنَبِ إِذَا غَلَىٰ وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، وَالْعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّىٰ يَذْهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ) وَهُوَ الطِّلَاءُ المَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَنَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السَّكَرُ،

كتاب الأشربة

وهيَ جمع شرابٍ، وهو كل ما يشرب من المائعات، وأريد بِها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرًا، وسَمَّىٰ هذا الكتاب بِها لأنَّ فيه بيان أحكامها، كما سمَّىٰ كتاب البيوع والحدود لِمَا فيه بيان أحكامها، والأصول التي يتخذ منها الأشربة هي: العنب، والزبيب، والتمر، والحبوب كالحنطة، والشعير، والأرز، والدخن، والفواكه كالإجاص، والفرصاد، والشهد، والفانيذ، والألبان، أمَّا العنب ما يتخذ منه خمسة: الخمر، والباذق، والمنصف، والمثلث، والبختج، والمتخذ من الزبيب شيئان: نقيعٌ ونبيذٌ، والمتخذ من التمر ثلاثة: السكر، والفضيخ، والنبيذ، والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيءٌ واحدٌ حكمًا، واختلف اسمًا من البتع لنبيذ العسل، والحقة لنبيذ الشعير، والمزر لنبيذ الذرة.

قوله: إِذَا غَلَىٰ وَاشْتَدَّ، المراد بالاشتداد كونه صالحًا للإسكار.

وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَىٰ) أَمَّا الخَمْرُ فَالْكَلَامُ فِيهَا فِي عَشَرَةِ مَوَاضِعَ: أَحَدُهَا فِي بَيَانِ مَائِيَّتِهَا وَهِيَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ العِنَبِ إِذَا صَارَ مُسْكِرًا وَهٰذَا عِنْدَنَا وَهُوَ المَعْرُوفُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ وَأَهْلِ العِلْمِ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: هُوَ اسْمٌ لِكُلِّ مُسْكِرٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» : وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ» وَأَشَارَ إِلَى الكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ، وَلِأَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ مُخَامَرَةِ العَقْلِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي كُلِّ مُسْكِرٍ، وَلَنَا أَنَّهُ اسْمٌ خَاصٌّ بِإِطْبَاقِ أَهْلِ اللُّغَةِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَلِهٰذَا أُشْتُهِرَ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ وَهِيَ فِي غَيْرِهَا ظَنِّيَّةٌ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْرًا لِتَخَمُّرِهِ لَا لِمُخَامَرَتِهِ العَقْلَ، ....

قوله: وَلِأَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ مُخَامَرَةِ العَقْلِ، مثل هذا يجوز، كما ذكره في الوجه أنه من المواجهة، واليمُّ من اليمم.

قوله: فِيمَا ذَكَرْنَاهُ، - أي في النيء - وَلِهٰذَا أُشْتُهِرَ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ - أي لكونه خاصًّا فيه اشتهر استعماله فيه - وَفِي غَيْرِهِ - أي غير النيء - غَيْرُهُ، أي غير لفظ الخمر، كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف.

قوله: وَلِأَنَّ حُرْمَةَ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ، يعني لا يصلحُ أن يصرف تحريمها إلا إلىٰ عينٍ ثبتت الحرمة في تلك العين قطعًا، وغير النيء ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه.

قوله: وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْرًا لِتَخَمُّرِهِ، أي لتشدُّده وقوَّته، فإنَّ لها قوَّةً وشدةً ليست لغيرها، حتّىٰ سُمِّيت أمَّ الخبائث، لَا لِمُخَامَرَتِهِ العَقْلَ، أي لا لستره العقل.

عَلَىٰ أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَا يُنَافِي كَوْنَ الِاسْمِ خَاصًّا فِيهِ فَإِنَّ النَّجْمَ مُشْتَقٌّ مِنَ النُّجُومِ وَهُوَ الظُّهُورُ، ثُمَّ هُوَ اسْمٌ خَاصٌّ لِلنَّجْمِ المَعْرُوفِ لَا لِكُلِّ مَا ظَهَرَ، وَهٰذَا كَثِيرُ النَّظِيرِ وَالْحَدِيثُ الأَوَّلُ طَعَنَ فِيهِ يَحْيَىٰ بْنُ مَعِينٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالثَّانِي أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الحُكْمِ؛ إِذْ هُوَ اللَّائِقُ بِمَنْصِبِ الرِّسَالَةِ وَالثَّانِي فِي حَقِّ ثُبُوتِ هٰذَا الِاسْمِ، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا إِذَا اشْتَدَّ صَارَ خَمْرًا، وَلَا يُشْتَرَطُ القَذْفُ بِالزَّبَدِ؛ ....

قوله: عَلَىٰ أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَا يُنَافِي كَوْنَ الِاسْمِ خَاصًّا فِيهِ، يعني ما ذكرتم أنه سُمِّيَ بِها لمخامرته العقل، فذا لا يدلُّ علىٰ أنَّ كل ما يخامر العقل يسمَّىٰ خمرًا، فالفرسُ الذي يكون أحد شقَّيه أبيضَ والآخر أسود يسمَّىٰ أبلقَ، ولا يُسمَّى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بِهذا الاسم، وكذا النجم سُمِّيَ نجمًا لظهوره يقال: نَجَمَ، أي ظَهَر ثمَّ لا يدلُّ ذلك علىٰ أنَّ كل ما يظهر يسمَّىٰ نجمًا، والقارورة تسمَّىٰ بِها لمعنى القرار، وهذا الاسم لا يطلق علىٰ غيره وإن كان المعنى موجودًا فيه.

قوله: وَالْحَدِيثُ الأَوَّلُ طَعَنَ فِيهِ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنه قال: ثلاث أحاديث لم تصح روايتها عن النبي عليه الصلاة والسلام أحدها هذا، وثانيها: من مسَّ ذكره فليتوضَّأ، وثالثها: كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاحٌ، خاطبٌ ووليٌّ وشاهدا عدلٍ.

قوله: وَالثَّانِي - أي الحديث الثانِي - أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الحُكْمِ، وهو الحرمة لا بيان الحقيقة، لأنه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الأحكام لا لبيان الحقائق.

قوله: وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وهو ما ذكر في القدوري بقوله: وهو عصير العنب إذا غلا واشتدَّ وقذف بالزبد.

لِأَنَّ الِاسْمَ يَثْبُتُ بِهِ، وَكَذَا المَعْنَى المُحَرَّمُ وَهُوَ المُؤَثِّرُ فِي الفَسَادِ بِالِاشْتِدَادِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الغَلَيَانَ بِدَايَةُ الشِّدَّةِ، وَكَمَالُهَا بِقَذْفٍ بِالزَّبَدِ وَسُكُونِهِ؛ إِذْ بِهِ يَتَمَيَّزُ الصَّافِي مِنَ الكَدِرِ، وَأَحْكَامُ الشَّرْعِ قَطْعِيَّةٌ فَتُنَاطُ بِالنِّهَايَةِ كَالْحَدِّ وَإِكْفَارِ المُسْتَحِلِّ وَحُرْمَةِ البَيْعِ وَقِيلَ يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشُّرْبِ بِمُجَرَّدِ الِاشْتِدَادِ احْتِيَاطًا وَالثَّالِثُ أَنَّ عَيْنَهَا حَرَامٌ غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ وَلَا مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ، وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَنْكَرَ حُرْمَةَ عَيْنِهَا، وَقَالَ: إِنَّ السُّكْرَ مِنْهَا حَرَامٌ؛ لِأَنَّ بِهِ يَحْصُلُ الفَسَادُ وَهُوَ الصَّدُّ عَنْ ذِكْرِ اللهِ، وَهٰذَا كُفْرٌ؛ لِأَنَّهُ جُحُودُ الكِتَابِ فَإِنَّهُ تَعَالَىٰ سَمَّاهُ رِجْسًا وَالرِّجْسُ

قوله: لِأَنَّ الِاسْمَ يَثْبُتُ بِهِ، أي إنَّما يثبت هذا الاسم لكونه مسكرًا مخامرًا للعقل، وذا باعتبار صفة الاشتداد، إذ هو المؤثِّر في إيقاع العداوة والصدِّ عن ذكر الله تعالىٰ باعتبار اللذة المطربة والقوَّة المسكرة، فأمَّا الغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تأثيرَ لهما في إحداث صفة السكر، وله أنَّ القذف بالزبد والغليان من آثار الحلاوة، وما دام شيء من الحلاوة باقيًا كان العين الأصلي قائمًا فلا يثبت اسم الخمر، إلا إذا سكر وقذف بالزبد وتميَّز الصافي من الكدر، لأنَّ الإباحة كانت ثابتةً للعصير بيقينٍ فلا يزولُ ذلك إلَّا بيقين مثله، وأحكام الخمر مقطوعٌ بها كالحدود وإكفار المستحلِّ وحرمة البيع والنجاسة، فيناطُ بالنهاية لِمَا في النقصان من شبهة العدم، فلا يصحُّ إثباتُها بالشبهة.

قوله: وَأَحْكَامُ الشَّرْعِ قَطْعِيَّةٌ، أي الأحكام الثابتة في الخمر قطعيةٌ.

قوله: غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ، أي عيَّنها حرامٌ، لا أن يكون حرامًا لكونه مسكرًا، ولهذا لا يتوقَّفُ على السكر، بل قطرةٌ منها حرامٌ.

قوله: وَهٰذَا كُفْرٌ، منه، أي إنكار حرمة عينها كفرٌ من المنكر وإن كان قائلًا بحرمة

مَا هُوَ مُحَرَّمُ العَيْنِ، وَقَدْ جَاءَتِ السُّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حَرَّمَ الخَمْرَ»؛ وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ، وَلِأَنَّ قَلِيلَهُ يَدْعُو إِلَىٰ كَثِيرِهِ وَهٰذَا مِنْ خَوَاصِّ الخَمْرِ، وَلِهٰذَا تَزْدَادُ لِشَارِبِهِ اللَّذَّةُ بِالِاسْتِكْثَارِ

السُّكر منه لأنه جحود الكتاب، قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ﴾ [المائدة: ٩٠] رُوِيَ أنَّ عُمر رضي الله تعالىٰ عنه قال لرسول الله عليه الصلاة والسلام: الخمر مهلكةٌ للمال مذهبةٌ للعقل فادع الله تعالىٰ أن يبينها لنا، فجعل يقول: «اللّٰهم بيِّن لنا في الخمر بيانًا وافيًا» فنزل قوله تعالىٰ: ﴿يَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡخَمۡرِ وَٱلۡمَيۡسِرِۖ قُلۡ فِيهِمَآ إِثۡمٞ كَبِيرٞ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ٢١٩] فامتنع منها بعض الناس، وقال بعضهم: بل نصيبُ من منافعها وندع المأثم فيها، فيقول عُمر رضي الله تعالىٰ عنه: «اللّٰهم زدنا في البيان» فنزل قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] فامتنع بعضهم، وقالوا: لا خيرَ لنا فيما يمنعنا من الصلاة، وقال بعضهم: بل نصيبُ منها في غير وقت الصَّلاة، وقال عُمر رضي الله تعالىٰ عنه: «اللّٰهم زدنا في البيان» فنزل قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ ۝٩١﴾ [المائدة: ٩١] فقال عُمرُ رضي الله عنه: «انتهينا ربُّنا» فقد أكَّد تحريمَ الخمر بوجوهٍ، فإنه صدَّر الجملة بالقمار وقَرَنَ بعبادة الأصنام، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «شاربُ الخمر كعابد الوثن» وجعلها من عمل الشيطان، ولا يأتِي منه إلا الشرُّ البحت وأمرنا بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح، وإذا كان الاجتناب فلاحًا كان الارتكاب خيبةً وخسارًا، وقوله: ﴿فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ ۝٩١﴾ من آكد ما يُنتهىٰ به كأنه قال: قد تُلِيَ عليكم من أنواع الصَّوارف والموانع، وهو وقوع التعادي والتَّباغض والصدِّ عن ذكر الله تعالىٰ وعن الصلاة فهل أنتم منتهون مع هذه الصَّوارف؟ أم أنتم علىٰ ما كنتم عليه؟ كأن لم توعظوا ولم تزجروا.

مِنْهُ، بِخِلَافِ سَائِرِ المَطْعُومَاتِ ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْلُولٍ عِنْدَنَا حَتَّىٰ لَا يَتَعَدَّىٰ حُكْمُهُ إِلَىٰ سَائِرِ المُسْكِرَاتِ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُعَدِّيهِ إِلَيْهَا، وَهٰذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ السُّنَّةِ المَشْهُورَةِ وَتَعْلِيلُهُ لِتَعْدِيَةِ الِاسْمِ، وَالتَّعْلِيلُ فِي الأَحْكَامِ لَا فِي الأَسْمَاءِ، وَالرَّابِعُ أَنَّهَا نَجِسَةٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً كَالْبَوْلِ لِثُبُوتِهَا بِالدَّلَائِلِ القَطْعِيَّةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَالْخَامِسُ أَنَّهُ يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا لِإِنْكَارِهِ الدَّلِيلَ القَطْعِيَّ. وَالسَّادِسُ سُقُوطُ تَقَوُّمِهَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ حَتَّىٰ لَا يَضْمَنَ مُتْلِفُهَا وَغَاصِبُهَا وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَىٰ لَمَّا نَجَّسَهَا فَقَدْ أَهَانَهَا وَالتَّقَوُّمُ يُشْعِرُ بِعِزَّتِهَا وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا» وَاخْتَلَفُوا فِي

قوله: ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْلُولٍ، أي النصُّ الوارد في الخمر غيرُ معلولٍ عندنا، والشافعي رحمه الله تعالىٰ جعل الحرمة الثابتةَ في الخمر معلولةً بالمخامرة فعدّىٰ حكمها إلىٰ غيرها من المسكرات حتّىٰ أوْجَب الحدَّ بشرب قطرةٍ من الباذق قياسًا على الخمر، وهذا بعيدٌ لأنه خلافٌ للسنة المشهورة، قال عليه الصلاة والسلام: «حرمة الخمر بعينها» وتعليلٌ لتعدية الاسم فإنه يثبت اسم الخمر لسائر الأشربة بمعنى المخامرة، ثمّ يثبتُ حكم الخمر في سائر الأشربة، فهذا تعليلٌ لتعدية الاسم وتعليلٌ لتعدية الأحكام لا الأسماء لأنَّ وضع اللغة ليس بقياسٍ وإنه توقيفيٌّ.

قوله: أَنَّهَا نَجِسَةٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً كَالْبَوْلِ، والدَّم، لأنَّها سُمِّيت رِجسًا بالنصِّ القطعيِّ.

قوله: وَالتَّقَوُّمُ يُشْعِرُ بِعِزَّتِهَا، يعني قولنا أنَّ الشيءَ متقوِّم أنه ممَّا يجب إيفاؤه إمَّا بعينه أو بماليته وهيَ القيمة القائمة مقامه فيكون ذلك إشعارًا بعزَّته.

سُقُوطِ مَالِيَّتِهَا وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مَالٌ؛ لِأَنَّ الطِّبَاعَ تَمِيلُ إِلَيْهَا وَتَضِنُّ بِهَا وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَىٰ مُسْلِمٍ دَيْنٌ فَأَوْفَاهُ ثَمَنَ خَمْرٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَلَا لِلْمَدْيُونِ أَنْ يُؤَدِّيَهُ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنُ بَيْعٍ بَاطِلٍ وَهُوَ غَصْبٌ فِي يَدِهِ أَوْ أَمَانَةٌ عَلَىٰ حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّيهِ مِنْ ثَمَنِ الْخَمْرِ، وَالْمُسْلِمُ الطَّالِبُ يَسْتَوْفِيهِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ جَائِزٌ، وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الِانْتِفَاعِ بِهَا؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالنَّجَسِ حَرَامٌ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الِاجْتِنَابِ وَفِي الِانْتِفَاعِ بِهِ اقْتِرَابٌ، وَالثَّامِنُ أَنْ يُحَدَّ شَارِبُهَا وَإِنْ لَمْ يَسْكَرْ مِنْهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ» إِلَّا أَنَّ حُكْمَ الْقَتْلِ قَدِ انْتَسَخَ فَبَقِيَ الْجَلْدُ مَشْرُوعًا، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَتَقْدِيرُهُ ذَكَرْنَاهُ فِي الْحُدُودِ، وَالتَّاسِعُ أَنَّ الطَّبْخَ لَا يُؤَثِّرُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لِلْمَنْعِ مِنْ ثُبُوتِ الْحُرْمَةِ لَا لِرَفْعِهَا بَعْدَ

قوله: وَهُوَ غَصْبٌ، لأنه أخذ بغير إذن الشرع، أَوْ أَمَانَةٌ، لأنه أخذ برضا صاحبه.

قوله: عَلَىٰ حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْمَيْتَةِ، وقد مرَّ ذلك في البيوع.

قوله: وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الِانْتِفَاعِ بِهَا، كسقي الدواب والتداوي بِها بالاحتقان والإقطار في الإحليل، كذا في الأوضح.

قوله: إِلَّا أَنَّ حُكْمَ الْقَتْلِ قَدِ انْتَسَخَ، أي بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحلُّ دمُ امرئٍ مسلمٍ إلا بإحدىٰ معانٍ ثلاثٍ».

ثُبُوتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُحَدُّ فِيهِ مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنْهُ عَلَىٰ مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ الحَدَّ بِالْقَلِيلِ فِي النِّيءِ خَاصَّةً، لِمَا ذَكَرْنَا وَهٰذَا قَدْ طُبِخَ، وَالْعَاشِرُ جَوَازُ تَخْلِيلِهَا وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَسَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، هٰذَا هُوَ الكَلَامُ فِي الخَمْرِ.

وَأَمَّا العَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّىٰ يَذْهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ وَهُوَ المَطْبُوخُ أَدْنَىٰ طَبْخَةٍ وَيُسَمَّىٰ البَاذَقَ وَالْمُنَصَّفَ وَهُوَ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ فَكُلُّ ذٰلِكَ حَرَامٌ عِنْدَنَا إِذَا غَلَىٰ وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ أَوْ إِذَا اشْتَدَّ عَلَى الِاخْتِلَافِ، وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ المُعْتَزِلَةِ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَيِّبٌ وَلَيْسَ بِخَمْرٍ وَلَنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلِذٌّ مُطْرِبٌ وَلِهٰذَا يَجْتَمِعُ عَلَيْهِ الفُسَّاقُ فَيَحْرُمُ شُرْبُهُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ المُتَعَلِّقِ بِهِ، وَأَمَّا نَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السُّكْرُ وَهُوَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ: أَيِ الرَّطْبِ فَهُوَ حَرَامٌ مَكْرُوهٌ، وَقَالَ

قوله: مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنْهُ عَلَىٰ مَا قَالُوا، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: يحدُّ من شرب منه قليلًا كان أو كثيرًا.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو ما ذكر، أي قليله يدعو إلىٰ كثيره.

قوله: عَلَى الِاخْتِلَافِ، أي إذا غلىٰ واشتدَّ وقذف بالزبد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما إذا اشتدَّ.

قوله: وَهُوَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ: أَيِ الرَّطْبِ، وإنَّما فسَّر التمر أي بالرطب لِمَا أنَّ الشرابَ المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، وفيه خلاف الأوزاعيِّ رحمه الله تعالىٰ، وفي السكر خلاف شريك بن عبد الله رحمه الله تعالىٰ.

شَرِيكُ بْنُ عَبْدِ اللهِ: إِنَّهُ مُبَاحٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧] أُمْتُنَّ عَلَيْنَا بِهِ، وَهُوَ بِالْمُحَرَّمِ لَا يَتَحَقَّقُ، وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ إِذْ كَانَتِ الأَشْرِبَةُ مُبَاحَةً كُلُّهَا، وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ التَّوْبِيخَ، مَعْنَاهُ وَاللهُ أَعْلَمُ: تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَتَدَّعُونَ رِزْقًا حَسَنًا، وَأَمَّا نَقِيعُ الزَّبِيبِ وَهُوَ النِّيْءُ مِنْ مَاءِ الزَّبِيبِ فَهُوَ حَرَامٌ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَىٰ وَيَتَأَتَّىٰ فِيهِ خِلَافُ الأَوْزَاعِيِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا المَعْنَىٰ مِنْ قَبْلُ، إِلَىٰ أَنَّ حُرْمَةَ هٰذِهِ الأَشْرِبَةِ دُونَ حُرْمَةِ الخَمْرِ حَتَّىٰ لَا يَكْفُرَ مُسْتَحِلُّهَا، وَيَكْفُرُ مُسْتَحِلُّ الخَمْرِ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهَا اجْتِهَادِيَّةٌ، وَحُرْمَةُ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ، وَلَا يَجِبُ الحَدُّ بِشُرْبِهَا حَتَّىٰ يَسْكَرَ، وَيَجِبُ بِشُرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الخَمْرِ، وَنَجَاسَتُهَا خَفِيفَةٌ فِي رِوَايَةٍ وَغَلِيظَةٌ فِي أُخْرَىٰ، وَنَجَاسَةُ الخَمْرِ غَلِيظَةٌ رِوَايَةً وَاحِدَةً،

قوله: وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، أرادَ به قوله عليه الصلاة والسلام: «الخمرُ من هاتين الشجرتين».

قوله: وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ التَّوْبِيخَ - أي لم يرد الامتنان وأرادَ التوبيخ - مَعْنَاهُ وَاللهُ أَعْلَمُ: تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَتَدَّعُونَ رِزْقًا حَسَنًا، أي تتركون، وفي بعض الفوائد: وتدعونه رزقًا حسنًا أي تسمونه، وفي الآية إضمارٌ، والأوجه أن يقال معناه والله أعلم: تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا علىٰ زعمكم، ولا إضمار فيه.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا المَعْنَىٰ مِنْ قَبْلُ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلِذٌّ مُطْرِبٌ.

وَيَجُوزُ بَيْعُهَا، وَيَضْمَنُ مُتْلِفُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، وَمَا شَهِدَت دَلَالَةٌ قَطْعِيَّةٌ بِسُقُوطِ تَقَوُّمِهَا، بِخِلَافِ الخَمْرِ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُ يَجِبُ قِيمَتُهَا لَا مِثْلُهَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَلَا يُنْتَفَعُ بِهَا بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا إِذَا كَانَ الذَّاهِبُ بِالطَّبْخِ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ دُونَ الثُّلُثَيْنِ (وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ مِنَ الأَشْرِبَةِ فَلَا بَأْسَ بِهِ) قَالُوا: هٰذَا الجَوَابُ عَلَىٰ هٰذَا العُمُومِ وَالْبَيَانِ لَا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ، وَهُوَ نَصٌّ عَلَىٰ أَنَّ مَا يُتَّخَذُ مِنَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْعَسَلِ وَالذُّرَةِ حَلَالٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ عِنْدَهُ وَإِنْ سَكِرَ مِنْهُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ السَّكْرَانِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ النَّائِمِ وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالْبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ،

قوله: خِلَافًا لَهُمَا فِيهِمَا، أي في البيع والضمان.

قوله: لَا مِثْلُهَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ، أي أنَّ المسلم ممنوعٌ عن التصرف في الحرام فلا يكون مأمورًا بإعطاء المثل.

قوله: وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ مِنَ الأَشْرِبَةِ، أي ما سوى الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف، لأنه قال في الجامع الصغير: وما سوىٰ ذلك، من بعد ما ذكر هذه الأنبذة.

قوله: وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ - أي بمنزلة من ذهبَ عقله - بِالْبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، ورُوِيَ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وسفيان الثوري رحمه الله تعالىٰ أنه إذا علم حين شرب أنه بنجٌ نفذَ تصرفه وإن زال عقله، وإن لم يعلم لا ينفذ، كذا في الأوضح.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَرَامٌ وَيُحَدُّ شَارِبُهُ وَيَقَعُ طَلَاقُهُ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ الْمُحَرَّمَةِ (وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: مَا كَانَ مِنَ الْأَشْرِبَةِ يَبْقَىٰ بَعْدَ مَا يَبْلُغُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَفْسُدُ فَإِنِّي أَكْرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَوْلُهُ الْأَوَّلُ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنَّ كُلَّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهٰذَا الشَّرْطِ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ: يَبْلُغُ:

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ حَرَامٌ، أي ما سوىٰ ذلك من الأنبذة كالمتخذ من الحنطة والشعير وأمثاله، وَيُحَدُّ شَارِبُهُ، والشيخ الخسرواني رحمه الله تعالىٰ ذكر في الفتاوىٰ: أنَّ الفتوىٰ علىٰ قول محمد رحمه الله تعالىٰ، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَقَالَ فِيهِ - أي في الجامع الصغير - أَيْضًا: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَقُولُ: مَا كَانَ مِنَ الْأَشْرِبَةِ يَبْقَىٰ بَعْدَ مَا يَبْلُغُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَفْسُدُ فَإِنِّي أَكْرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَوْلُهُ الْأَوَّلُ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ كُلَّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهٰذَا الشَّرْطِ، فالحاصلُ أنَّ أبا يوسفَ رحمه الله تعالىٰ كان يقول أوّلا مثل قول محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ كل مسكر حرام، لكنه وحده شرطَ أن لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة أيام، فهاتان مسئلتان: إحداهما: أنَّ كل مسكرٍ حرام عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ أوّلًا، ثمَّ رجع إلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، والثاني: أنَّ الأشربةَ نحو السكر ونقيع الزبيب إذا غلىٰ واشتدَّ حرامٌ عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ كذلك، ولكن بشرط أن يبقىٰ بعد عشرة أيامٍ، وَلَا يَفْسُدُ، أي لا يحمض، ثمَّ رجع إلىٰ قولهما.

يَغْلِي وَيَشْتَدُّ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ وَلَا يَفْسُدُ: لَا يُحَمَّضُ وَوَجْهُهُ أَنَّ بَقَاءَهُ هٰذِهِ الْمُدَّةَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحَمَّضَ دَلَالَةُ قُوَّتِهِ وَشِدَّتِهِ فَكَانَ آيَةَ حُرْمَتِهِ، وَمِثْلُ ذٰلِكَ يُرْوَىٰ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَعْتَبِرُ حَقِيقَةَ الشِّدَّةِ عَلَى الحَدِّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِيمَا يَحْرُمُ أَصْلُ شُرْبِهِ وَفِيمَا يَحْرُمُ السُّكْرُ مِنْهُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ وَأَبُو يُوسُفَ رَجَعَ إِلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَمْ يُحَرِّمْ كُلَّ مُسْكِرٍ، وَرَجَعَ عَنْ هٰذَا الشَّرْطِ أَيْضًا (وَقَالَ فِي الْمُخْتَصَرِ: وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَىٰ طَبْخَةٍ حَلَالٌ وَإِنِ اشْتَدَّ إِذَا شُرِبَ مِنْهُ مَا

قوله: وَمِثْلُ ذٰلِكَ يُرْوَىٰ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمَا، وهو ما قال: كل نبيذ يفسد عند إبانه فلا بأسَ به، وكل نبيذ يزداد جودةً علىٰ طول التَّرك فلا خيرَ فيه، أراد به النيء من ماء الزبيب والتمر أنه ما دام حلوًا ولم يصر معتقاً فهو بحيث يفسد عند إبانه فلا بأس بشربه، وإذا صار معتقاً بأن غلىٰ واشتدَّ وقذف بالزبد فهو يزداد جودةً علىٰ طول التَّرك فلا خير فيه، وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر أنه إذا صار معتقاً لا يحلُّ شربه، وإن كان بحيث يفسد إذا ترك عشرة أيام فلا بأسَ بشربه، ثمَّ رجع إلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَعْتَبِرُ حَقِيقَةَ الشِّدَّةِ عَلَى الحَدِّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ - وهو الغليان والشدَّة والقذف بالزبد - فِيمَا يَحْرُمُ أَصْلُ شُرْبِهِ - وهو الخمر - وَفِيمَا يَحْرُمُ السُّكْرُ مِنْهُ - وهو نبيذ التمر والزبيب - ... إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَىٰ طَبْخَةٍ، يعني كما أنَّ الخمر لا يثبت إلَّا وأن يثبت علىٰ هذا الحدِّ من الغليان والاشتداد والقذف

يَغْلِبُ عَلَىٰ ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلَا طَرِبٍ) ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ حَرَامٌ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي المُثَلَّثِ العِنَبِيِّ وَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ) لِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ زِيَادٍ أَنَّهُ قَالَ: سَقَانِي ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - شَرْبَةً مَا كِدْتُ أَهْتَدِي إِلَىٰ مَنْزِلِي فَغَدَوْتُ إِلَيْهِ مِنَ الغَدِ فَأَخْبَرْتُهُ بِذٰلِكَ فَقَالَ: مَا زِدْنَاكَ عَلَىٰ عَجْوَةٍ وَزَبِيبٍ وَهٰذَا نَوْعٌ مِنَ الخَلِيطَيْنِ وَكَانَ مَطْبُوخًا؛ لِأَنَّ المَرْوِيَّ عَنْهُ حُرْمَةُ نَقِيعِ الزَّبِيبِ وَهُوَ النِّيْءُ مِنْهُ، وَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ الجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ، وَالزَّبِيبِ وَالرُّطَبِ، وَالرُّطَبِ وَالْبُسْرِ» مَحْمُولٌ عَلَىٰ حَالَةِ

بالزبد، كذلك لا يثبت كون السكر من هذين الشرابين حرامـًا إلَّا بثبوت هذا الحدِّ فيهما وهو الغليان والاشتداد والقذف بالزبد.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ، وهو أن يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب ويطبخ أدنىٰ طبخةٍ ويُتْرَك إلىٰ أن يغلي ويشتدَّ، كذا في الأوضح.

قوله: سَقَانِي ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ شَرْبَةً مَا كِدْتُ أَهْتَدِي إِلَىٰ مَنْزِلِي، وابن عمر كان معروفًا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظنُّ به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه، أو يشرب ما كان حرامـًا، وهذا يفيد أنَّ المتخذ من العجوة والزبيب حلالٌ وإن اشتدَّ وصار مسكرًا لأنَّ الذي سقاه كان مسكرًا، ألا ترىٰ إلىٰ قوله: مَا كِدْتُ أَهْتَدِي إِلَىٰ أَهْلِي، وكان مطبوخـًا لأنَّ المرويَّ عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه.

قوله: مَحْمُولٌ عَلَىٰ حَالَةِ الشِّدَّةِ، أي على المعسرة والقحط حيث كَرِهَ للأغنياء

الشِّدَّةِ، وَكَانَ ذٰلِكَ فِي الِابْتِدَاءِ.

قَالَ: (وَنَبِيذُ العَسَلِ وَالتِّينِ وَنَبِيذُ الحِنْطَةِ وَالذُّرَةِ وَالشَّعِيرِ حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَطَرَبٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، وَأَشَارَ إِلَى الكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ» خَصَّ التَّحْرِيمَ بِهِمَا وَالْمُرَادُ بَيَانُ الحُكْمِ، ثُمَّ قِيلَ يُشْتَرَطُ الطَّبْخُ فِيهِ لِإِبَاحَتِهِ، وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ؛ لِأَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَىٰ كَثِيرِهِ كَيْفَمَا كَانَ وَهَلْ يُحَدُّ فِي المُتَّخَذِ مِنَ الحُبُوبِ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ؟ قِيلَ لَا يُحَدُّ وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَ مِنْ قَبْلُ قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُحَدُّ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ سَكِرَ مِنَ الأَشْرِبَةِ أَنَّهُ يُحَدُّ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الفُسَّاقَ يَجْتَمِعُونَ عَلَيْهِ

الجمعُ بين النعمتين، بل المستحب أن يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر علىٰ جاره حتَّىٰ لا يشبع هو وجاره جائعٌ، وما روينا من الإباحة محمولٌ علىٰ حالة السعة بين الناس حيثُ أباحَ الجمع بين النعمتين، هكذا رُويَ عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالىٰ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: خَصَّ التَّحْرِيمَ بِهِمَا وَالْمُرَادُ بَيَانُ الحُكْمِ، وهو حرمة ما يتَّخذ من ثمرهما فيكون ما وراءهما مباحًا بالنصوص العامة.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَ مِنْ قَبْلُ، إشارة إلىٰ ما ذكر أنَّ السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك، وهذا لأنَّ النصَّ وَرَد بالحدِّ في الخمر وهذا ليسَ في معناه، فلو وجب الحدَّ فيه لكان بطريق القياس وذا لا يجوز، ولأنَّ الحد شُرِع للزجر عن

فِي زَمَانِنَا اجْتِمَاعَهُمْ عَلَىٰ سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ، بَلْ فَوْقَ ذٰلِكَ، وَكَذٰلِكَ الْمُتَّخَذُ مِنَ الْأَلْبَانِ إِذَا اشْتَدَّ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا وَقِيلَ: إِنَّ الْمُتَّخَذَ مِنْ لَبَنِ الرِّمَاكِ لَا يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتِبَارًا بِلَحْمِهِ؛ إِذْ هُوَ مُتَوَلِّدٌ مِنْهُ قَالُوا: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ كَرَاهَةَ لَحْمِهِ لِمَا فِي إِبَاحَتِهِ مِنْ قَطْعِ مَادَّةِ الْجِهَادِ أَوْ لِاحْتِرَامِهِ فَلَا يُتَعَدَّىٰ إِلَىٰ لَبَنِهِ.

قَالَ: (وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّىٰ ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلَالٌ وَإِنِ اشْتَدَّ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: حَرَامٌ، وَهٰذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّقَوِّي، أَمَّا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّلَهِّيَ لَا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاقِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلُ قَوْلِهِمَا، وَعَنْهُ أَنَّهُ كَرِهَ ذٰلِكَ، وَعَنْهُ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهِ لَهُمْ فِي إِثْبَاتِ الْحُرْمَةِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ» وَيُرْوَىٰ عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أَسْكَرَ الْجَرَّةُ مِنْهُ فَالْجَرْعَةُ مِنْهُ حَرَامٌ» وَلِأَنَّ الْمُسْكِرَ يُفْسِدُ الْعَقْلَ فَيَكُونُ حَرَامًا قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ كَالْخَمْرِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا» وَيُرْوَىٰ «بِعَيْنِهَا قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا، وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ» خَصَّ السُّكْرَ بِالتَّحْرِيمِ فِي غَيْرِ الْخَمْرِ؛ إِذِ الْعَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ، وَلِأَنَّ الْمُفْسِدَ

ارتكاب سيئةٍ، ودعاء الطبع إلىٰ هذه الأشربة لا يكون كدعاء الطبع إلى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزجر، كذا في المبسوط.

هُوَ القَدَحُ المُسْكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا وَإِنَّمَا يَحْرُمُ القَلِيلُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَدْعُو لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ إِلَى الكَثِيرِ فَأُعْطِيَ حُكْمَهُ، وَالْمُثَلَّثُ لِغِلَظِهِ لَا يَدْعُو وَهُوَ فِي نَفْسِهِ غِذَاءٌ فَبَقِيَ عَلَى الإِبَاحَةِ: وَالْحَدِيثُ الأَوَّلُ غَيْرُ ثَابِتٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، ثُمَّ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى القَدَحِ الأَخِيرِ إِذْ هُوَ المُسْكِرُ حَقِيقَةً وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ المَاءُ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ حَتَّىٰ يَرِقَّ ثُمَّ يُطْبَخُ طَبْخَةً حُكْمُهُ حُكْمُ المُثَلَّثِ؛ لِأَنَّ صَبَّ المَاءِ لَا يَزِيدُهُ إِلَّا ضَعْفًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صُبَّ المَاءُ عَلَى العَصِيرِ ثُمَّ يُطْبَخُ حَتَّىٰ يَذْهَبَ ثُلُثَا الكُلِّ؛ لِأَنَّ المَاءَ يَذْهَبُ أَوَّلًا لِلَطَافَتِهِ، أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ

قوله: وَالْحَدِيثُ الأَوَّلُ غَيْرُ ثَابِتٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، يعني به قوله: كلُّ مسكرٍ حرام، علىٰ ما ذكر يحيىٰ بن معين قال: ثلاث أحاديث لا تصح روايتها من رسول الله تعالى صلَّى الله عليه وسلَّم، وذكر من جملتها هذا الحديث، فإن قيل: القدح الأخير إنما يصير مسكرًا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه، فينبغي علىٰ هذا أن يكون الكل مما تقدَّم وتأخَّر حراماً لاستناد كل واحد منها في التقوي إلى الآخر؟ قلنا: لمَّا وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه علة معنًى وحكماً، وهذا لأنَّ المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتْخم من الطعام، فإن تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوي بدنه حلال، وما يتخمه وهو الأكل فوق الشبع حرامٌ، ثم المحرم منه ما هو المتخم وما زاد على الشبع وإن كان هذا لا يكون متخماً إلَّا باعتبار ما تقدَّم فكذلك في الشراب.

قوله: لِأَنَّ المَاءَ يَذْهَبُ أَوَّلًا لِلَطَافَتِهِ، أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ، يعني تارةً يذهب الماء للطافته أوَّلًا وتارةً يذهب العصير والماء معًا، فلو ذهبا معاً يحلُّ شربه كما يحل شرب المثلث، لأنَّهما لمَّا ذهبا معاً كان الذاهب من العصير أيضًا

ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ، وَلَوْ طُبِخَ العِنَبُ كَمَا هُوَ ثُمَّ يُعْصَرُ يُكْتَفَىٰ بِأَدْنَىٰ طَبْخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ لَا يَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّ العَصِيرَ قَائِمٌ فِيهِ مِنْ غَيْرِ تَغَيُّرٍ فَصَارَ كَمَا بَعْدَ العَصْرِ، وَلَوْ جُمِعَ فِي الطَّبْخِ بَيْنَ العِنَبِ وَالتَّمْرِ أَوْ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ لَا يَحِلُّ حَتَّىٰ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ لِأَنَّ التَّمْرَ إِنْ كَانَ يُكْتَفَىٰ فِيهِ بِأَدْنَىٰ طَبْخَةٍ فَعَصِيرُ العِنَبِ لَا بُدَّ أَنْ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ فَيُعْتَبَرُ جَانِبُ العِنَبِ احْتِيَاطًا، وَكَذَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ عَصِيرِ العِنَبِ وَنَقِيعِ التَّمْرِ لِمَا قُلْنَا. وَلَوْ طُبِخَ نَقِيعُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ أَدْنَىٰ طَبْخَةٍ ثُمَّ أُنْقِعَ فِيهِ تَمْرٌ أَوْ زَبِيبٌ، إِنْ كَانَ مَا أُنْقِعَ فِيهِ شَيْئًا يَسِيرًا لَا يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِنْ مِثْلِهِ لَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِنْ مِثْلِهِ لَمْ يَحِلَّ كَمَا إِذَا صُبَّ فِي المَطْبُوخِ قَدَحٌ مِنَ النَّقِيعِ وَالْمَعْنَىٰ تَغْلِيبُ جِهَةِ الحُرْمَةِ، وَلَا حَدَّ فِي شُرْبِهِ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لِلِاحْتِيَاطِ وَهُوَ لِلْحَدِّ فِي دَرْئِهِ. وَلَوْ طُبِخَ الخَمْرُ أَوْ غَيْرُهُ بَعْدَ الِاشْتِدَادِ حَتَّىٰ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ لَمْ يَحِلَّ؛ لِأَنَّ الحُرْمَةَ قَدْ تَقَرَّرَتْ فَلَا تَرْتَفِعُ بِالطَّبْخِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالِانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ) لِقَوْلِهِ

ثلثين كالماء وهناك يجوز شربه، لكن لمَّا لم يتيقَّن بذهابهما معـًا واحتمل ذهاب الماء أوَّلًا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطـًا، لأنه إذا ذهبَ الماء أوَّلًا كان الذاهب أقلَّ من ثلثي العصير وهو حرامٌ عندنا علىٰ ما مرَّ وهو الباذق.

قوله: فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ، أي على القطع والبتات.

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ بَعْدَ ذِكْرِ هٰذِهِ الأَوْعِيَةِ «فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْفٍ، فَإِنَّ الظَّرْفَ لَا يُحِلُّ شَيْئًا وَلَا يُحَرِّمُهُ وَلَا تَشْرَبُوا الْمُسْكِرَ» وَقَالَ ذٰلِكَ بَعْدَ مَا أَخْبَرَ عَنِ النَّهْيِ عَنْهُ فَكَانَ نَاسِخًا لَهُ، وَإِنَّمَا يُنْتَبَذُ فِيهِ بَعْدَ تَطْهِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ الوِعَاءُ عَتِيقًا يُغْسَلُ ثَلَاثًا فَيَطْهُرُ، وَإِنْ كَانَ جَدِيدًا لَا يَطْهُرُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِتَشَرُّبِ الخَمْرِ فِيهِ بِخِلَافِ العَتِيقِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُغْسَلُ ثَلَاثًا وَيُجَفَّفُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ مَا لَا يَنْعَصِرُ بِالْعَصْرِ، وَقِيلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: يُمْلَأُ مَاءً مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ، حَتَّىٰ إِذَا خَرَجَ المَاءُ صَافِيًا غَيْرَ مُتَغَيِّرٍ يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الخَمْرُ حَلَّتْ سَوَاءٌ صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ يُطْرَحُ فِيهَا، وَلَا يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ التَّخْلِيلُ وَلَا يَحِلُّ الخَلُّ الحَاصِلُ بِهِ إِنْ كَانَ التَّخْلِيلُ بِإِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ فَلَهُ فِي الخَلِّ الحَاصِلِ بِهِ قَوْلَانِ، لَهُ أَنَّ فِي التَّخْلِيلِ اقْتِرَابًا مِنَ الخَمْرِ عَلَىٰ وَجْهِ التَّمَوُّلِ، وَالْأَمْرُ بِالِاجْتِنَابِ يُنَافِيهِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نِعْمَ الإِدَامُ الخَلُّ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ،

قوله: فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ، وهو ما رُوِيَ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «كنتُ نَهيتكم عن ثلاثٍ: عن زيارة القبور فزوروها، فقد أُذِن لمحمَّد في زيارة قبْر أمِّه، ولا تقولوا هجرًا، وعن لحم الأضاحي أن يمسكوه فوقَ ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزوَّدوا، فإنَّما نَهيتُكم ليتَّسع به موسركم علىٰ معسركم، وعن النبيذ في الدباء والحتم

وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «خَيْرُ خَلِّكُمْ خَلُّ خَمْرِكُمْ» وَلِأَنَّ بِالتَّخْلِيلِ يَزُولُ الوَصْفُ المُفْسِدُ وَتَثْبُتُ صِفَةُ الصَّلَاحِ مِنْ حَيْثُ تَسْكِينُ الصَّفْرَاءِ وَكَسْرُ الشَّهْوَةِ، وَالتَّغَذِّي بِهِ وَالْإِصْلَاحُ مُبَاحٌ، وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ اعْتِبَارًا بِالْمُتَخَلِّلِ بِنَفْسِهِ وَبِالدِّبَاغِ وَالِاقْتِرَابِ لِإِعْدَامِ الفَسَادِ فَأَشْبَهَ الإِرَاقَةَ، وَالتَّخْلِيلُ أَوْلَىٰ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَلَالًا فِي الثَّانِي فَيَخْتَارُهُ مَنْ أُبْتُلِيَ بِهِ، وَإِذَا صَارَ الخَمْرُ خَلًّا يَطْهُرُ مَا يُوَازِيهَا مِنَ الإِنَاءِ، فَأَمَّا أَعْلَاهُ وَهُوَ الَّذِي نَقَصَ مِنْهُ الخَمْرُ قِيلَ يَطْهُرُ تَبَعًا وَقِيلَ لَا

والمزفَّت فاشربوا في كلِّ ظرفٍ فإنَّ الظَّرف لا يحلُّ شيئًا ولا يحرمه».

قوله: وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ، أي وكذا الصالح للمصالح وهو الخلُّ مباحٌ.

قوله: وَالِاقْتِرَابِ لِإِعْدَامِ الفَسَادِ، أي لإبطال صفة الخمرية وكان نظير الاقتراب للإراقة، وهو جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ في التخليل اقترابًا، فإن قيل: هيَ نجس العين فيحرم التصرف فيها قياسًا على الميتة والبول والدم؟ قلنا: ليسَ كذلك فذاتُها ذات العصير وهو طاهرٌ قبل التخمر، والنجاسة باعتبار الشدَّة وما هيَ بعينها بل هيَ وصفها وهو يقبل الزوال كالصبيِّ في الصبي، وأمَّا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تتَّخذوا الخمر خلًّا» فمعناه لا تستعملوا الخمرَ استعمال الخلِّ، أي لا تضعوها مواضع الخلِّ على الموائد كما يوضع الخلُّ.

قوله: وَالتَّخْلِيلُ أَوْلَىٰ، بأن يكون مباحًا من الإراقة، إذ في الإراقة إبطال المفسد لا غير، وفي التخليل إحراز المال وصيانته مع إبطال المفسد، فَيَخْتَارُهُ، أي فيختار التخليل على الإراقة.

يَطْهُرُ؛ لِأَنَّهُ خَمْرٌ يَابِسٌ إِلَّا إِذَا غُسِلَ بِالْخَلِّ فَيَتَخَلَّلُ مِنْ سَاعَتِهِ فَيَطْهُرُ، وَكَذَا إِذَا صُبَّ فِيهِ الخَمْرُ ثُمَّ مُلِئَ خَلًّا يَطْهُرُ فِي الحَالِ عَلَىٰ مَا قَالُوا.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ شُرْبُ دُرْدِيِّ الخَمْرِ وَالِامْتِشَاطُ بِهِ) ؛ لِأَنَّ فِيهِ أَجْزَاءَ الخَمْرِ، وَالِانْتِفَاعُ بِالْمُحَرَّمِ حَرَامٌ، وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُدَاوِيَ بِهِ جُرْحًا أَوْ دَبْرَةَ دَابَّةٍ وَلَا أَنْ يَسْقِيَ ذِمِّيًّا وَلَا أَنْ يَسْقِيَ صَبِيًّا لِلتَّدَاوِي، وَالْوَبَالُ عَلَىٰ مَنْ سَقَاهُ، وَكَذَا لَا يَسْقِيهَا الدَّوَابَّ وَقِيلَ: لَا تُحْمَلُ الخَمْرُ إِلَيْهَا، أَمَّا إِذَا قِيدَتْ إِلَى الخَمْرِ فَلَا بَأْسَ بِهِ كَمَا فِي الكَلْبِ وَالْمَيْتَةِ وَلَوْ أُلْقِيَ الدُّرْدِيُّ فِي الخَلِّ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ خَلًّا لٰكِنْ يُبَاحُ حَمْلُ الخَلِّ إِلَيْهِ لَا عَكْسُهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ) أَيْ شَارِبُ الدُّرْدِيِّ (إِنْ لَمْ يَسْكَرْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ شَرِبَ جُزْءًا مِنَ الخَمْرِ وَلَنَا أَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَىٰ كَثِيرِهِ لِمَا فِي الطِّبَاعِ مِنَ النَّبْوَةِ عَنْهُ فَكَانَ نَاقِصًا فَأَشْبَهَ غَيْرَ الخَمْرِ مِنَ الأَشْرِبَةِ وَلَا حَدَّ فِيهَا إِلَّا بِالسُّكْرِ، وَلِأَنَّ الغَالِبَ عَلَيْهِ الثُّفْلُ فَصَارَ كَمَا إِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ المَاءُ بِالِامْتِزَاجِ (وَيُكْرَهُ الِاحْتِقَانُ بِالْخَمْرِ وَإِقْطَارُهَا فِي الإِحْلِيلِ) ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِالْمُحَرَّمِ وَلَا يَجِبُ الحَدُّ لِعَدَمِ الشُّرْبِ

قوله: كَمَا فِي الكَلْبِ وَالْمَيْتَةِ، أي لا يحمل الميتة إلى الكلب، لكن يؤتى الكلب إليها.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ قوله: كَمَا فِي الكَلْبِ وَالْمَيْتَةِ.

وَهُوَ السَّبَبُ، وَلَوْ جُعِلَ الخَمْرُ فِي مَرَقَةٍ لَا تُؤْكَلُ لِتَنَجُّسِهَا بِهَا وَلَا حَدَّ مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَصَابَهُ الطَّبْخُ وَيُكْرَهُ أَكْلُ خُبْزٍ عُجِنَ عَجِينُهُ بِالْخَمْرِ لِقِيَامِ أَجْزَاءِ الخَمْرِ فِيهِ.

قوله: وَيُكْرَهُ أَكْلُ خُبْزٍ عُجِنَ عَجِينُهُ بِالْخَمْرِ لِقِيَامِ أَجْزَاءِ الخَمْرِ فِيهِ، والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحلُّ أكله.

* * *

فَصْلٌ فِي طَبْخِ العَصِيرِ

وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا ذَهَبَ بِغَلَيَانِهِ بِالنَّارِ وَقَذَفَهُ بِالزَّبَدِ يُجْعَلُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ وَيُعْتَبَرُ ذَهَابُ ثُلُثَيْ مَا بَقِيَ لِيَحِلَّ الثُّلُثُ البَاقِي، بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِق مِنْ عَصِيرٍ طُبِخَ فَذَهَبَ دَوْرَقٌ بِالزَّبَدِ يُطْبَخُ البَاقِي حَتَّىٰ يَذْهَبَ سِتَّةُ دَوَارِقَ وَيَبْقَىٰ الثُّلُثُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَذْهَبُ زَبَدًا هُوَ العَصِيرُ أَوْ مَا يُمَازِجُهُ، وَأَيًّا مَا كَانَ جُعِلَ كَأَنَّ العَصِيرَ تِسْعَةُ دَوَارِق فَيَكُونُ ثُلُثُهَا ثَلَاثَةً وَأَصْلٌ آخَرُ أَنَّ العَصِيرَ إِذَا صُبَّ عَلَيْهِ مَاءٌ قَبْلَ الطَّبْخِ ثُمَّ طُبِخَ بِمَائِهِ، إِنْ كَانَ المَاءُ أَسْرَعَ ذَهَابًا لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ يُطْبَخُ البَاقِي بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِقْدَارُ مَا صُبَّ فِيهِ مِنَ المَاءِ حَتَّىٰ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ؛ لِأَنَّ الذَّاهِبَ الأَوَّلَ هُوَ المَاءُ وَالثَّانِي العَصِيرُ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذَهَابِ ثُلُثَيِ العَصِيرِ، وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا تُغْلَىٰ الجُمْلَةُ حَتَّىٰ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ وَيَبْقَىٰ ثُلُثُهُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ الثُّلُثَانِ مَاءً وَعَصِيرًا وَالثُّلُثُ البَاقِي مَاءٌ وَعَصِيرٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا صُبَّ المَاءُ فِيهِ

فصل في طبخ العصير

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا ذَهَبَ بِغَلَيَانِهِ بِالنَّارِ، أي ما خرج من القدر من شدَّة الغليان وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن، الدورقُ مكيالٌ للشراب يسعُ أربعة أمناء وهو أعجميٌّ.

بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِنَ العَصِيرِ بِالْغَلْيِ ثُلُثَاهُ بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِقَ مِنْ عَصِيرٍ وَعِشْرُونَ دَوْرَقًا مِنْ مَاءٍ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يُطْبَخُ حَتَّىٰ يَبْقَىٰ تُسْعُ الجُمْلَةِ؛ لِأَنَّهُ ثُلُثُ العَصِيرِ؛ وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي حَتَّىٰ يَذْهَبَ ثُلُثَا الجُمْلَةِ لِمَا قُلْنَا، وَالْغَلْيُ بِدَفْعَةٍ أَوْ دَفَعَاتٍ سَوَاءٌ إِذَا حَصَلَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُحَرَّمًا وَلَوْ قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَغَلَىٰ حَتَّىٰ ذَهَبَ الثُّلُثَانِ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ، وَأَصْلٌ آخَرُ أَنَّ العَصِيرَ إِذَا طُبِخَ فَذَهَبَ بَعْضُهُ ثُمَّ أُهْرِيقَ بَعْضُهُ كَمْ تُطْبَخُ البَقِيَّةُ حَتَّىٰ يَذْهَبَ الثُّلُثَانِ فَالسَّبِيلُ فِيهِ أَنْ تَأْخُذَ ثُلُثَ الجَمِيعِ فَتَضْرِبَهُ فِي البَاقِي بَعْدَ المُنْصَبِّ ثُمَّ تَقْسِمَهُ عَلَىٰ مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَهَابِ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَّ مِنْهُ شَيْءٌ فَمَا يَخْرُجُ بِالْقِسْمَةِ فَهُوَ حَلَالٌ، بَيَانُهُ: عَشَرَةُ أَرْطَالِ عَصِيرٍ طُبِخَ حَتَّىٰ ذَهَبَ رِطْلٌ ثُمَّ أُهْرِيقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ تَأْخُذُ ثُلُثَ العَصِيرِ كُلِّهِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ وَتَضْرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ المُنْصَبِّ هُوَ سِتَّةٌ

قوله: فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا كان الماءُ أسرعُ ذهاباً يطبخ حتَّى يبقىٰ تسع الكل وهو ثلاثة وثلث، لِأَنَّهُ ثُلُثُ العَصِيرِ؛ وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي، وهو الذي يذهب الماء والعصير معاً يجبُ أن يطبخ حتَّىٰ يذهب ثلثاه عشرون ويبقىٰ ثلثه عشر لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء، فهذا وما لو صبَّ الماء في العصير بعد ما طبخه حتَّىٰ يذهب ثلثاه سواءٌ.

قوله: بَيَانُهُ: عَشَرَةُ أَرْطَالِ عَصِيرٍ طُبِخَ حَتَّىٰ ذَهَبَ رِطْلٌ ثُمَّ أُهْرِيقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ تَأْخُذُ ثُلُثَ العَصِيرِ كُلِّهِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ وَتَضْرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ، إلىٰ آخره، وذلك لأنَّ الرطل الذي ذهبَ بالطبخ ليسَ بذاهبٍ حقيقةً، بل هو قائمٌ ولكن تداخلَ أجزاؤه في

فَيَكُونُ عِشْرِينَ ثُمَّ تَقْسِمُ العِشْرِينَ عَلَىٰ مَا بَقِيَ بَعْدَ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَّ مِنْهُ شَيْءٌ وَذٰلِكَ تِسْعَةٌ، فَيَخْرُجُ لِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ ذٰلِكَ اثْنَانِ وَتُسْعَانِ، فَعَرَفْتَ أَنَّ الحَلَالَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهُ رِطْلَانِ وَتُسْعَانِ، وَعَلَىٰ هٰذَا تُخَرَّجُ المَسَائِلُ وَلَهَا طَرِيقٌ آخَرُ، وَفِيمَا اكْتَفَيْنَا بِهِ كِفَايَةٌ وَهِدَايَةٌ إِلَىٰ تَخْرِيجِ غَيْرِهَا مِنَ المَسَائِلِ.

أجزاء الباقي، فيزاحمه فيراجع أجزاء الرطل إلىٰ أجزاء البقية وهو تسعة أرطالٍ، فيكون مع كل رطلٍ تسع رطلٍ، فإذا انصب منه ثلاثة أرطالٍ فقد انصبَّ ثلاثة أرطالٍ وثلاثة أتساع رطلٍ فيكون الباقي ستَّة أرطالٍ وستة أتساع رطلٍ، ولو كان هذا حقيقةً ليسَ أنه يطبخ حتَّىٰ يبقىٰ رطلان وتسعا رطلٍ، كذا هنا.

قوله: وَلَهَا طَرِيقٌ آخَر، وهو أنَّ الذي ذهبَ بالطبخ ذاهبٌ من الحرام، لأنه إنَّما يطبخ ليذهب حرامه ويبقىٰ حلاله، فثلثا عشرة أرطالٍ حرامٌ وهو ستَّة أرطالٍ وثلثا رطلٍ، فإذا أهريقَ ثلاثةٌ فهذا من الحلال والحرام جميعًا لأنَّه لا معلق للذاهب حسابًا بالحلال أو بالحرام فكان الذاهب منهما على السواء فذهبَ من الحلال ثلثه وهو رطلٌ وتسع رطلٍ فيبقىٰ ثلثاه رطلان وتسعا رطلٍ، وإن رمت زيادة الانكشاف فاجعل كلَّ رطل تسعة لحاجتنا إلىٰ حساب له ثلث ولثلثه ثلث فصار أرطال الحلال ثلثين بينهما وقد أُريق ثلثه وهو عشرةٌ فبقىٰ عشرون وهو رطلان وتسعا رطلٍ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

كِتَابُ الصَّيْدِ

قَالَ: الصَّيْدُ الِاصْطِيَادُ، وَيُطْلَقُ عَلَىٰ مَا يُصَادُ، وَالْفِعْلُ مُبَاحٌ لِغَيْرِ الْمُحْرِمِ فِي غَيْرِ الحَرَمِ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَىٰ نَفْسِهِ، وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَكَ كَلْبٌ آخَرُ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَىٰ كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَىٰ كَلْبِ

كتاب الصيد

الصَّيْدُ - لغةً - الِاصْطِيَادُ، وقد سمَّى المصيد صيدًا تسميةً بالمصدر، فيجمع إذًا علىٰ صُيُودٍ، الاصطياد مباحٌ لغير المحرم في غير الحرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمَّة، أمَّا الكتاب فقوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢] أمر بالاصطياد وأدنىٰ درجات الأمر الإباحة، والسنة قوله عليه الصلاة والسَّلام: «الصيد لمن أخذ» ففي هذا بيان أنَّ الاصطياد مباحٌ مشروعٌ، لأنَّ الملك حكم مشروعٌ فسببه يكون مشروعـًا، ويستوي إن كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم، لِمَا في اصطياده من تحصيل منفعة جلده أو

غَيْرِكَ» وَعَلَىٰ إِبَاحَتِهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ وَلِأَنَّهُ نَوْعُ اكْتِسَابٍ وَانْتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخْلُوقٌ لِذٰلِكَ، وَفِيهِ اسْتِبْقَاءُ المُكَلَّفِ وَتَمْكِينُهُ مِنْ إِقَامَةِ التَّكَالِيفِ فَكَانَ مُبَاحًا بِمَنْزِلَةِ الِاحْتِطَابِ، ثُمَّ جُمْلَةُ مَا يَحْوِيهِ الكِتَابُ فَصْلَانِ: أَحَدُهُمَا فِي الصَّيْدِ بِالْجَوَارِحِ وَالثَّانِي فِي الِاصْطِيَادِ بِالرَّمْيِ.

شعره، أو دفع أذاه عن الناس.

قوله: وَانْتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخْلُوقٌ لِذٰلِكَ، أي بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع.

قوله: وَتَمْكِينُهُ مِنْ إِقَامَةِ التَّكَالِيفِ، كان ينبغي أن يكون واجبًا كوجوب التكاليف، لكن كونه غير متعيِّن أَوْجَب الإباحة، بخلاف الخروج من الصلاة فإنه متعين لأنه وسيلة لإقامة فرضٍ آخر فكان واجباً.

قوله: مَا يَحْوِيهِ الكِتَابُ، أي كتاب الاصطياد، أَحَدُهُمَا فِي الصَّيْدِ بِالْجَوَارِحِ، كالكلاب والفهود والصُّقور والبزاة، وَالثَّانِي فِي الِاصْطِيَادِ بِالرَّمْيِ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❋ ❋ ❋

فَصْلٌ فِي الجَوَارِحِ

قَالَ: (وَيَجُوزُ الِاصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ المُعَلَّمِ وَالْفَهْدِ وَالْبَازِي وَسَائِرِ الجَوَارِحِ المُعَلَّمَةِ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيْءٍ عَلَّمْتَهُ مِنْ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ، وَلَا خَيْرَ فِيمَا سِوَىٰ ذَٰلِكَ إِلَّا أَنْ تُدْرِكَ ذَكَاتَهُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَمَا

فصل في الجوارح

اعلم أنَّ حل التناول بالاصطياد مختصٌّ بشرائطٍ: منها: أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وذا بأن يعقل الذبح والتسمية، حتَّىٰ لا يؤكل صيد الصبيِّ والمجنون إذا لم يعقلا الذبحَ والتسميةَ، وأن يكون له ملة التوحيد دعوًى واعتقادًا كالمسلم، أو دعوًى لا اعتقادًا كالكتابيِّ، كما مرَّ في الذبائح، وأن يكون ما يصطاد به معلمـًا، وأن يكون جارحـًا لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤].

قوله: وَسَائِرِ الجَوَارِحِ المُعَلَّمَةِ، كالنَّمر والصقر والشاهين.

قوله: فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ، إنَّما ذكر بلفظة: لا بأس لأنَّ قوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ قد خُصَّ منه البعض كالدبِّ والخنزير وغير ذلك، والنصُّ إذا خصَّ منه البعض يكون الباقي منه دون خبَر الواحد فيكون ظنيًّا فتمكَّن فيه الشبهة، فلذلك قال لا بأسَ به.

قوله: وَلَا خَيْرَ فِيمَا سِوَىٰ ذَٰلِكَ إِلَّا أَنْ تُدْرِكَ ذَكَاتَهُ، فتذَكِّيه، يريدُ به إذا أخذ كلب

عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] وَالْجَوَارِحُ: الكَوَاسِبُ قَالَ فِي تَأْوِيلِ المُكَلِّبِينَ: المُسَلِّطِينَ، فَيَتَنَاوَلُ الكُلَّ بِعُمُومِهِ، دَلَّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَاسْمُ الكَلْبِ فِي اللُّغَةِ يَقَعُ عَلَىٰ كُلِّ سَبُعٍ حَتَّى الأَسَدِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اُسْتُثْنِيَ مِنْ ذٰلِكَ الأَسَدُ وَالدُّبُّ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَعْمَلَانِ لِغَيْرِهِمَا الأَسَدُ لِعُلُوِّ هِمَّتِهِ وَالدُّبُّ لِخَسَاسَتِهِ، وَأَلْحَقَ بِهِمَا بَعْضُهُمُ الحِدَأَةَ لِخَسَاسَتِهَا، وَالْخِنْزِيرُ مُسْتَثْنَىٰ؛ لِأَنَّهُ نَجَسُ العَيْنِ فَلَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ التَّعْلِيمِ؛

غير معلَّم صيدًا فلا خيرَ فيه إذا قتله إلَّا أن تدرك ذكاته، والأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] أي وصيد ما علمتم من الجوارح، وهو عطفٌ على الطيِّبات، أي أحلَّ لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح، وفي معنى الجوارح قولان: أحدهما: أن يكون جارحاً حقيقةً بنابه أو مخلبه، فيكون من الجرح بمعنى الجراحة، والثانِي: الكواسِب كقوله تعالىٰ: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠] أي كسبتم، ويمكن حمله عليهما، فيشترط أن يكون من الكواسب التي تجرح لتعمل بالجرح بيقينٍ، والمكلِّب مؤدِّب الكلاب ومعلِّمها ثمَّ عمَّ في كلِّ من أدَّب جارحةً بَهيمةً كانت أو طائرًا، ومعنى قوله: مُكَلِّبِينَ، معلِّمين إيَّاها الصيدَ، أي الإمساك لصاحبها، يعلمونَهنَّ أي يؤدبونَهُنَّ لطلب الصيد، ويعلمونَهنَّ حال ثانية أو استئناف، ممَّا علَّمَكُمُ الله من علم التكليب.

قوله: لِأَنَّهُمَا لَا يَعْمَلَانِ لِغَيْرِهِمَا، وفي الإيضاح: أمَّا عدم جواز الاصطياد بالأسد والدبِّ فلعدم تصوُّر تعلُّمهما، لأنَّ من عادتِهما أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه في الحال، وإنَّما يستدلُّ على التعليم بتَرك الأكل، ولو تصوَّر التعليم منهما جاز، وأمَّا الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لأنه نجس العين فكان الانتفاع به محرماً.

لِأَنَّ مَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ يَنْطِقُ بِاشْتِرَاطِ التَّعْلِيمِ وَالْحَدِيثِ بِهِ وَبِالْإِرْسَالِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ آلَةً بِالتَّعْلِيمِ لِيَكُونَ عَامِلًا لَهُ فَيَتَرَسَّلُ بِإِرْسَالِهِ وَيُمْسِكُهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (تَعْلِيمُ الكَلْبِ أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَتَعْلِيمُ البَازِي أَنْ يَرْجِعَ وَيُجِيبَ إِذَا دَعَوْتَهُ) وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَلِأَنَّ بَدَنَ البَازِيِّ لَا يَحْتَمِلُ الضَّرْبَ، وَبَدَنُ الكَلْبِ يَحْتَمِلُهُ فَيُضْرَبُ لِيَتْرُكَهُ، وَلِأَنَّ آيَةَ التَّعْلِيمِ تَرْكُ مَا هُوَ أَلُوفٌ عَادَةً، وَالْبَازِيُّ مُتَوَحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ فَكَانَتِ الإِجَابَةُ آيَةَ تَعْلِيمِهِ، وَأَمَّا الكَلْبُ فَهُوَ مَأْلُوفٌ يَعْتَادُ الِانْتِهَابَ فَكَانَ آيَةُ تَعْلِيمِهِ تَرْكَ مَأْلُوفِهِ وَهُوَ الأَكْلُ وَالِاسْتِلَابُ ثُمَّ شُرِطَ تَرْكُ الأَكْلِ ثَلَاثًا وَهٰذَا عِنْدَهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ

قوله: لِأَنَّ مَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ يَنْطِقُ بِاشْتِرَاطِ التَّعْلِيمِ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] وَالْحَدِيثِ بِهِ، أي بالتعليم، وَبِالْإِرْسَالِ، وهو حديث عدي بن حاتم: «إذا أرسلتَ كلبك المعلم».

قوله: وَالْبَازِيُّ مُتَوَحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ فَكَانَتِ الإِجَابَةُ آيَةَ تَعْلِيمِهِ، وَأَمَّا الكَلْبُ فَهُوَ مَأْلُوفٌ يَعْتَادُ الِانْتِهَابَ فَكَانَ آيَةُ تَعْلِيمِهِ تَرْكَ مَأْلُوفِهِ وَهُوَ الأَكْلُ وَالِاسْتِلَابُ، وهذا الفرقُ لا يتأتّىٰ في الفهد والنمر فإنه متوحِّش كالبازي، ثمَّ الحكم فيه وفي الكلب سواءٌ فالمعتمدُ هو الأوّل، كذا في المبسوط.

قوله: ثُمَّ شُرِطَ تَرْكُ الأَكْلِ ثَلَاثًا، وَهٰذَا عِنْدَهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ

فِيمَا دُونَهُ مَزِيدَ الِاحْتِمَالِ فَلَعَلَّهُ تَرَكَهُ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ شِبَعًا، فَإِذَا تَرَكَهُ ثَلَاثًا دَلَّ عَلَىٰ أَنَّهُ صَارَ عَادَةً لَهُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِلِاخْتِبَارِ وَإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ كَمَا فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الأَخْبَارِ: وَلِأَنَّ الكَثِيرَ هُوَ الَّذِي يَقَعُ أَمَارَةً عَلَى العِلْمِ دُونَ القَلِيلِ، وَالْجَمْعُ هُوَ الكَثِيرُ وَأَدْنَاهُ الثَّلَاثُ فَقُدِّرَ بِهَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ مَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ: لَا يَثْبُتُ التَّعْلِيمُ مَا لَمْ يَغْلِبْ عَلَىٰ ظَنِّ الصَّائِدِ أَنَّهُ مُعَلَّمٌ، وَلَا يُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ المَقَادِيرَ لَا تُعْرَفُ اجْتِهَادًا بَلْ نَصًّا وَسَمَاعًا وَلَا سَمْعَ فَيُفَوَّضُ إِلَىٰ رَأْيِ المُبْتَلَىٰ بِهِ كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَىٰ عِنْدَهُ يَحِلُّ مَا اصْطَادَهُ ثَالِثًا وَعِنْدَهُمَا لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ

اللهُ تَعَالَىٰ، لكن بين هذه الرواية عن أبي حنيفة رحمة الله عليه وبين قولهما فرقٌ، ففي قولهما إنَّما يصير معلماً إذا صادَ ثلاثاً ولم يأكل منها فيحلُّ حينئذٍ الصيد الرابع، وعلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ على تلك الرواية يؤكل الصيد الثالث علىٰ ما يجيء في الكتاب.

قوله: **وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الأَخْبَارِ**، وفي المبسوط: فقدَّرنا ذلك بالثلاث لأنه حسنٌ للاختبار، والأصل فيه قصَّة موسىٰ عليه السلام مع معلِّمه حيث قال في الثالثة: هذا فِراقُ بيني وبينكَ، وكذا الشرعُ قدَّر مدَّة الخيار بثلاثة أيَّام للاختبار، وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا استأذنَ أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع» وقال عُمرُ رضي الله عنه: إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرَّاتٍ فليتحوَّل إلىٰ غيرها.

قوله: **كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا**، أي أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في جنس

مُعَلَّمًا بَعْدَ تَمَامِ الثَّلَاثِ وَقَبْلَ التَّعْلِيمِ غَيْرُ مُعَلَّمٍ، فَكَانَ الثَّالِثُ صَيْدَ كَلْبٍ جَاهِلٍ وَصَارَ كَالتَّصَرُّفِ المُبَاشِرِ فِي سُكُوتِ المَوْلَىٰ، وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ فَكَانَ هٰذَا صَيْدَ جَارِحَةٍ مُعَلَّمَةٍ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ إِعْلَامٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ دُونَ عِلْمِ العَبْدِ وَذٰلِكَ بَعْدَ المُبَاشَرَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ أَوْ بَازِيَهُ وَذَكَرَ اسْمَ اللهِ تَعَالَىٰ عِنْدَ إِرْسَالِهِ فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الكَلْبَ أَوِ البَازِي آلَةٌ، وَالذَّبْحُ لَا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الآلَةِ إِلَّا بِالِاسْتِعْمَالِ وَذٰلِكَ فِيهِمَا بِالْإِرْسَالِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الرَّمْيِ وَإِمْرَارِ السِّكِّينِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْمِيَةِ عِنْدَهُ وَلَوْ تَرَكَهُ نَاسِيًا حَلَّ أَيْضًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُرْمَةُ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي الذَّبَائِحِ وَلَا بُدَّ مِنَ الجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِيَتَحَقَّقَ الذَّكَاةُ الِاضْطِرَارِيُّ وَهُوَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ البَدَنِ بِانْتِسَابِ مَا وُجِدَ مِنَ الآلَةِ إِلَيْهِ بِالِاسْتِعْمَالِ، ....

المقادير، نحو حبس الغريم، وحدِّ التقادُم، وتقدير ما غلبَ في نزح ماء البئر المعينة.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ، أي أنَّ ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث، لأنه إنَّما يحكمُ بكونه معلماً بطريق تعيين إمساكه الثالث علىٰ صاحبه، فإذا حكمنا بأنه يمسكُ وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحلُّ، كذا في المبسوط.

قوله: أَوْ بَازِيَهُ، أي بازيه المعلَّم تركُ صفة التعليم في البازي اكتفاءً، كما في قوله تعالىٰ: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً﴾ [النساء: ١] أي نساءً كثيرة.

قوله: بِانْتِسَابِ مَا وُجِدَ مِنَ الآلَةِ إِلَيْهِ، وهو الجرحُ فنسب ذلك إلى الصائدِ بسبب

وَفِي ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الجُرْحِ؛ إِذْ هُوَ مِنَ الجُرْحِ بِمَعْنَى الجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ فَيُحْمَلُ عَلَى الجَارِحِ الكَاسِبُ بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ وَلَا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِالْيَقِينِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ رُجُوعًا إِلَى التَّأْوِيلِ الأَوَّلِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الكَلْبُ أَوِ الفَهْدُ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ البَازِي أُكِلَ) وَالْفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي دَلَالَةِ التَّعْلِيمِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ القَدِيمِ فِي

استعماله إيَّاه فتتحقَّق الذكاة الاضرارية.

قوله: وَفِي ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ﴾ مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الجُرْحِ؛ إِذْ هُوَ مِنَ الجُرْحِ بِمَعْنَى الجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ، أي في تأويلٍ سوى التأويل الأوَّل الذي ذكر قبل هذه الصفحة بقوله: والجوارح الكواسب في تأويلٍ.

قوله: وَلَا تَنَافِيَ، أي بين التأويلين، وَفِيهِ أَخْذٌ بِالْيَقِينِ، أي في الجمع بينهما أخذ باليقين، وذلك لأنَّ النصَّ إذا وَرَدَ فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تنافٍ يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه، وإن لم يكن بينهما تنافٍ يثبتُ الجمع أخذًا بالمتيقَّن، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ في الحيض في قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قيل: أريد به الحبل، وقيل الحيض، والصحيح أنَّهما مرادان لأنه لا تنافِيَ بينهما فكذا هنا لا تنافِيَ بين الكسب والجراحة.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، أرادَ به قوله: وَلَا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِالْيَقِينِ.

إبَاحَةِ مَا أَكَلَ الكَلْبُ مِنْهُ (وَلَوْ أَنَّهُ صَادَ صُيُودًا وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهَا ثُمَّ أَكَلَ مِنْ صَيْدٍ لَا يُؤْكَلُ هٰذَا الصَّيْدُ) ؛ لِأَنَّهُ عَلَامَةُ الجَهْلِ، وَلَا مَا يَصِيدُهُ بَعْدَهُ حَتَّىٰ يَصِيرَ مُعَلَّمًا عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الِابْتِدَاءِ وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلُ فَمَا أَكَلَ مِنْهَا لَا تَظْهَرُ الحُرْمَةُ فِيهِ لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا لَيْسَ بِمُحْرَزٍ بِأَنْ كَانَ فِي المَفَازَةِ بِأَنْ لَمْ يَظْفَرْ صَاحِبُهُ بَعْدَ تَثَبُّتِ الحُرْمَةِ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَا هُوَ مُحْرَزٌ فِي بَيْتِهِ يَحْرُمُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، هُمَا يَقُولَانِ: إنَّ الأَكْلَ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى الجَهْلِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الحِرْفَةَ قَدْ تُنْسَىٰ، وَلِأَنَّ فِيمَا أَحْرَزَهُ قَدْ أَمْضَى الحُكْمُ فِيهِ بِالِاجْتِهَادِ

قوله: كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الِابْتِدَاءِ، أرادَ به قوله: وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاثَ مرَّات، إلىٰ أن قال: وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، إلىٰ أن قال: وعلى الرواية الأولىٰ يحلُّ ما اصطاده ثالثـًا، إلىٰ آخره.

قوله: وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلُ فَمَا أَكَلَ مِنْهَا لَا تَظْهَرُ الحُرْمَةُ فِيهِ لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ، لأنَّ الحكم بالحرمة لا يتصوَّر إلا في محلٍّ قائمٍ وقد فاتَ المحلُّ بالأكل.

قوله: بِأَنْ كَانَ فِي المَفَازَةِ بَعْدُ، وأمَّا ما باعَ المالكُ ممَّا قدره عن صيوده فلا شكَّ أنَّ علىٰ قولهما لا ينقض البيعُ فيه، وأمَّا علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ينبغي أن ينقضَ البيع إذا تصادق البائع والمشتَري علىٰ كون الكلب جاهلًا.

قوله: بِأَنْ كَانَ فِي المَفَازَةِ بَعْدُ، يعني لم يأخذ الصائدُ، والحاصلُ أنَّ علىٰ قولهما يحكمُ بجهله مقصورًا علىٰ وقت الأكل، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ مستندًا.

قوله: أَمْضَى الحُكْمُ فِيهِ بِالِاجْتِهَادِ، يعني إنَّما حكمنا بإباحة المحرز من الصيود

فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ بِالْأَوَّلِ، بِخِلَافِ غَيْرِ المُحْرَزِ؛ لِأَنَّهُ مَا حَصَلَ المَقْصُودُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِبَقَائِهِ صَيْدًا مِنْ وَجْهٍ لِعَدَمِ الإِحْرَازِ فَحَرَّمْنَاهُ احْتِيَاطًا، وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ جَهْلِهِ مِنَ الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الحِرْفَةَ لَا يُنْسَىٰ أَصْلُهَا، فَإِذَا أَكَلَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَرَكَ الأَكْلَ لِلشِّبَعِ لَا لِلْعِلْمِ، وَتَبَدَّلَ الِاجْتِهَادُ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ بِالْأَكْلِ فَصَارَ

بالاجتهاد لأنَّ تركَ الأكل يحتملُ أن يكون للعلم، ويحتملُ أن يكون للشبع فصار إباحة المحرز بالاجتهاد، فلو نقضَ نقض بالاجتهاد لأنَّ الأكلَ أيضًا يحتمل أن يكون عن جهلٍ في الأصل، ويحتملُ أن يكون لشدَّة الجوع أو لأنه نسي الآن، والأصل أنَّ ما أمضىٰ بالاجتهاد لا ينقضُ باجتهاد مثله لأنَّ المقصود قد حصل الآن ولكن يعمل به في المستقبل كما في سائر المجتهدات، بخلاف ما لم يحرزه لأنَّ الإباحة غير محكومٌ بِها بعدُ من كل وجهٍ لأنَّها إنَّما نحكمُ بِها إذا خرجَ من الصيدية من كل وجهٍ، وشيءٌ من معناها باقٍ فيه وهو أنه في المفازة بعدُ، أو نقول: إباحة الأكل إنَّما تثبتُ وقت الأكل لعدم الحاجة قبل ذلك ووقت الأكل بعد الإحراز لأنَّ غير المحرز لا يؤكلُ، فإن قيل: الصيد اسم للمتوحش المتنفِّر ولم يبقَ من هذا المعنىٰ شيءٌ؟ قلنا: بقي ما يلازمه وهو عدم الإحراز، علىٰ أنَّا نقول: التنفُّر والتوحُّش ليس بلازمٍ للصيد فإنَّ البيضةَ صيدٌ باعتبار مآله مع انعدام هذا المعنى فيه فلأَن يكون هذا صيدًا باعتبار ما كان بالطريق الأوْلىٰ.

قوله: وَتَبَدَّلَ الِاجْتِهَادُ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ بِالْأَكْلِ، وتحقيقه أنَّ حكم الإباحة في المحرز إنَّما يثبتُ عند الأكل لأنَّها مبنيةٌ علىٰ كون الكلب معلماً وذلك ثابتٌ بالاجتهاد علىٰ ما قالا فكان وهماً واحتمالاً، والموهوم يعتبَر عند الضرورة وذلك عند الأكل فلم تكن الإباحة ثابتةً قبله، فلو اعتبَر هذا الاجتهاد لا يؤدي إلىٰ

كَتَبَدُّلِ اجْتِهَادِ القَاضِي قَبْلَ القَضَاءِ (وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا ثُمَّ صَادَ لَا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ) ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ مَا صَارَ بِهِ عَالِمًا فَيُحْكَمُ بِجَهْلِهِ كَالْكَلْبِ إِذَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ (وَلَوْ شَرِبَ الكَلْبُ مِنْ دَمِ الصَّيْدِ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ أُكِلَ) ؛ لِأَنَّهُ مُمْسِكٌ لِلصَّيْدِ عَلَيْهِ، وَهٰذَا مِنْ غَايَةِ عِلْمِهِ حَيْثُ شَرِبَ مَا لَا يَصْلُحُ لِصَاحِبِهِ وَأَمْسَكَ عَلَيْهِ مَا يَصْلُحُ لَهُ (وَلَوْ أَخَذَ الصَّيْدَ مِنَ المُعَلَّمِ ثُمَّ قَطَعَ مِنْهُ قِطْعَةً وَأَلْقَاهَا إِلَيْهِ فَأَكَلَهَا يُؤْكَلُ مَا بَقِيَ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَىٰ إِلَيْهِ طَعَامًا غَيْرَهُ، وَكَذَا إِذَا وَثَبَ الكَلْبُ فَأَخَذَهُ مِنْهُ وَأَكَلَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ، وَالشَّرْطُ تَرْكُ الأَكْلِ مِنَ الصَّيْدِ فَصَارَ كَمَا إِذَا افْتَرَسَ شَاتَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحْرِزَهُ المَالِكُ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ جِهَةُ الصَّيْدِيَّةِ (وَلَوْ نَهَسَ

إبطال حكمٍ أمضي بالاجتهاد وباجتهاد مثله، بل يؤدِّي إلى المنع فصار كظهور اجتهادٍ آخر للقاضي قبل القضاء.

قوله: وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا - أي دعاه فلم يجبه - ثُمَّ صَادَ - أي ثمَّ عاد إلىٰ صاحبه فصاد - لَا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ، وما صادَ قبل الرجوع إلىٰ صاحبه فلا شبهةَ في أنّه لا يؤكل لعدم الإرسال.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا، لأنَّ الصيدَ اسمٌ للمتوحش غير محرزٍ وقد زال التوحُّش بالقتل وزال عدم إحرازه بالإحراز فالتحقَ بسائر أطعمته، وأكله من سائر أطعمته لا يدلُّ علىٰ جهله فههنا كذلك.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحْرِزَهُ المَالِكُ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ جِهَةُ

الصَّيْدَ فَقَطَعَ مِنْهُ بِضْعَةً فَأَكَلَهَا ثُمَّ أَدْرَكَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ لَمْ يُؤْكَلْ) ؛ لِأَنَّهُ صَيْدُ كَلْبٍ جَاهِلٍ حَيْثُ أَكَلَ مِنَ الصَّيْدَ (وَلَوْ أَلْقَىٰ مَا نَهَسَهُ وَاتَّبَعَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ وَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ ثُمَّ مَرَّ بِتِلْكَ البِضْعَةِ فَأَكَلَهَا يُؤْكَلُ الصَّيْدُ) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِنْ نَفْسِ الصَّيْدِ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ لَمْ يَضُرَّهُ، فَإِذَا أَكَلَ مَا بَانَ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ أَوْلَىٰ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ فِي حَالَةِ الِاصْطِيَادِ فَكَانَ جَاهِلًا مُمْسِكًا لِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ نَهْسَ البِضْعَةِ قَدْ يَكُونُ لِيَأْكُلَهَا وَقَدْ يَكُونُ حِيلَةً فِي الِاصْطِيَادِ لِيَضْعُفَ بِقَطْعِ القِطْعَةِ مِنْهُ فَيُدْرِكَهُ، فَالْأَكْلُ قَبْلَ الأَخْذِ يَدُلُّ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَبَعْدَهُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي فَلَا يَدُلُّ عَلَىٰ جَهْلِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَدْرَكَ المُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّىٰ مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ، وَكَذَا البَازِيُّ وَالسَّهْمُ) ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَىٰ الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالْبَدَلِ، إِذِ المَقْصُودُ هُوَ الإِبَاحَةُ وَلَمْ تَثْبُتْ قَبْلَ مَوْتِهِ فَبَطَلَ حُكْمُ البَدَلِ، وَهٰذَا إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِهِ أَمَّا إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ ذَبْحِهِ وَفِيهِ مِنَ الحَيَاةِ فَوْقَ مَا يَكُونُ فِي

الصَّيْدِيَّةِ، أي باعتبار عدم الإحراز.

قوله: أَمَّا إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ ذَبْحِهِ، إمَّا لفقد الآلة أو لضيق الوقت، وفقد الآلة أن لا يجده أصلا، وضيق الوقت أن تكون الآلة موجودةً إلَّا أنه لا يبقىٰ من الوقت ما يتمكَّن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة والاستعداد للذَّبح.

الْمَذْبُوحِ لَمْ يُؤْكَلْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَحِلُّ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْأَصْلِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَأَى الْمَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الِاسْتِعْمَالِ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَدَرَ اعْتِبَارًا؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ يَدَهُ عَلَى الْمَذْبَحِ، وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ التَّمَكُّنِ مِنَ الذَّبْحِ، إِذْ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مُدَّةٍ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِيهَا عَلَىٰ حَسَبِ تَفَاوُتِهِمْ فِي الْكِيَاسَةِ وَالْهِدَايَةِ فِي أَمْرِ الذَّبْحِ فَأُدِيرَ الْحُكْمُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَقِيَ فِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ مِثْلُ مَا يَبْقَىٰ فِي الْمَذْبُوحِ؛ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ وَهُوَ بِهٰذِهِ الْحَالَةِ لَمْ يَحْرُمْ كَمَا إِذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ وَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِمُذْبَحٍ وَفَصَّلَ بَعْضُهُمْ فِيهَا

قوله: وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَدَرَ اعْتِبَارًا؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ يَدَهُ عَلَى الْمَذْبَحِ، يعني أنَّ حكم القدرة على الأصل يدارُ على الوقوع في يده حيًّا لتعذُّر الوقوف علىٰ حقيقة القدرة والعجز لتفاوت أحوال الناس في الهداية في أمر الذبح وعدمها، ولهذا قلنا أنَّ الحمل إذا سقطَ وضاقَ الوقت عن الذبح في المذبح فجرحه في غير المذبح حتّىٰ مات لا يحلُّ لوجود ما يقومُ مقام القدرة علىٰ ذكاة الاختيار وهو حصوله في يده حيًّا.

قوله: وَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِمُذْبَحٍ، أي ليس بمحل للذبح، لأنَّ ما بقي اضطراب المذبوح لا الحياة المعتبَرة، وفصَّل بعضهم فيه تفصيلًا: وهو أنه إذا لم يتمكَّن لفقد الآلة لم يؤكل، لأنَّ التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه، وإن لم يتمكَّن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا، وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالىٰ: يحلُّ استحسانًا، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ، لأنه لم يقدر على الأصل لضيق الوقت،

تَفْصِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ لِفَقْدِ الآلَةِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ بِضِيقِ الوَقْتِ لَمْ يُؤْكَلْ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا فَبَطَلَ حُكْمُ ذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ، أَمَّا إِذَا شَقَّ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ حَلَّ؛ لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ فَلَا يُعْتَبَرُ كَمَا إِذَا وَقَعَتْ شَاةٌ فِي المَاءِ بَعْدَمَا ذُبِحَتْ وَقِيلَ هٰذَا قَوْلُهُمَا، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَا يُؤْكَلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ رَدًّا إِلَى المُتَرَدِّيَةِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، هٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا تَرَكَ التَّذْكِيَةَ، فَلَوْ أَنَّهُ ذَكَّاهُ حَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -،

فبقيت ذكاة الاضطرار موجبةً للحلِّ، وبالاستحسان أخذ القاضي فخر الدين قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: رَدًّا إِلَى المُتَرَدِّيَةِ، أي قياسًا عليه واعتبارًا به، والمتَردية التي تقع في البئر، أو تسقط من الجبل ونحوه، والجامع عدمُ نوعي الذكاة الاضطرارية والاختيارية، وذلك في المتَردية ظاهرٌ، وكذلك فيما نحن فيه لأنه لمَّا وقع في يده حيًّا بطلَ الذكاة الاضطراريُّ، ولم يوجد الذكاة الاختياريُّ فصار نظير المتَردية فلا يؤكل.

قوله: فَلَوْ أَنَّهُ ذَكَّاهُ حَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، هذا ليسَ لبيان الخلاف، بل هذا لبيان الإجماع، لأنه إن كانت فيه حياةٌ مستقرَّة فالذكاةُ وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ذكاته الذبح وقد وجد، وعندهما حلَّ بلا ذبحٍ.

وَكَذَا الْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ، وَالَّذِي يَبْقُرُ الذِّئْبُ بَطْنَهُ وَفِيهِ حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ أَوْ بَيِّنَةٌ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] اسْتَثْنَاهُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِذَا كَانَ بِحَالٍ لَا يَعِيشُ مِثْلُهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْتُهُ بِالذَّبْحِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ يَعِيشُ فَوْقَ مَا يَعِيشُ المَذْبُوحُ يَحِلُّ وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهٰذِهِ الحَيَاةِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ (وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، فَإِنْ كَانَ فِي وَقْتٍ لَوْ أَخَذَهُ أَمْكَنَهُ ذَبْحُهُ لَمْ يُؤْكَلْ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ المَقْدُورِ عَلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ لَا يُمْكِنُهُ ذَبْحُهُ أُكِلَ) ؛ لِأَنَّ اليَدَ لَمْ تَثْبُتْ بِهِ، وَالتَّمَكُّنُ مِنَ الذَّبْحِ لَمْ يُوجَدْ (وَإِنْ أَدْرَكَهُ فَذَكَّاهُ حَلَّ لَهُ) ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَالذَّكَاةُ وَقَعَتْ مَوْقِعَهَا بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ؛ فَعِنْدَ

قوله: وَكَذَا الْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ، إلىٰ آخره، أي يحلُّ عند أبي حنيفة رحمة الله عليه بالذكاة وعليه الفتوىٰ، أي علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] استثناء مطلقاً، من غير فصل بين أن يكون للمذبوح حياةً خفيَّة أو بينةً.

قوله: عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، أراد به قوله: لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ.

قوله: وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، المسائلُ المتقدمة فيما إذا أدركه وأخذه.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ ذَكَاتُهُ الذَّبْحُ، عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا.

أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - ذَكَاتُهُ الذَّبْحُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ وُجِدَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى الذَّبْحِ (وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ الْمُعَلَّمَ عَلَىٰ صَيْدٍ وَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلَّ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إِرْسَالٍ؛ إِذِ الإِرْسَالُ مُخْتَصٌّ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ، وَلَنَا أَنَّهُ شَرْطٌ غَيْرُ مُفِيدٍ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولُ الصَّيْدِ إِذْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الوَفَاءِ بِهِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ تَعْلِيمُهُ عَلَىٰ وَجْهٍ يَأْخُذُ مَا عَيَّنَهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ (وَلَوْ أَرْسَلَهُ عَلَىٰ صَيْدٍ كَثِيرٍ وَسَمَّىٰ مَرَّةً وَاحِدَةً حَالَةَ الإِرْسَالِ، فَلَوْ قَتَلَ الكُلَّ يَحِلُّ بِهٰذِهِ التَّسْمِيَةِ الوَاحِدَةِ) ؛ لِأَنَّ الذَّبْحَ يَقَعُ بِالْإِرْسَالِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهٰذَا تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ وَالْفِعْلُ وَاحِدٌ فَيَكْفِيهِ تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ، بِخِلَافِ ذَبْحِ الشَّاتَيْنِ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ تَصِيرُ مَذْبُوحَةً بِفِعْلٍ غَيْرِ الأَوَّلِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةٍ أُخْرَىٰ، حَتَّىٰ لَوْ أَضْجَعَ إِحْدَاهُمَا فَوْقَ الأُخْرَىٰ، وَذَبَحَهُمَا بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ

قوله: لِأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولُ الصَّيْدِ إِذْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الوَفَاءِ بِهِ، أي لا يقدر الكلب على الوفاء بأخذ العين، إذ لا يمكنه تعليمه علىٰ وجهٍ يأخذه ما عينه فسقطَ اعتباره، لأنَّ ما لا يدخلُ تحت القدرة سقط اعتباره، كما قلنا في البازي أنه سقطَ اعتبار ترك الأكل لاستحالة تعليمه، ولا يقال: جازَ أن يكون مقصوده المعين، لأنا نقول: لو كان مقصوده المعين كان باعتبار أنه صيدٌ لا باعتبار أنه هُوَ.

قوله: لِأَنَّ الذَّبْحَ يَقَعُ بِالْإِرْسَالِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، أي في أوائل كتاب الذبائح حيث قال: وفي الصيد عند الإرسال والرمي.

قوله: بِخِلَافِ ذَبْحِ الشَّاتَيْنِ - أي علىٰ سبيل التعاقب - بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ.

تَحِلَّانِ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ.

(وَمَنْ أَرْسَلَ فَهْدًا فَكَمَنَ حَتَّىٰ يَسْتَمْكِنَ ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ يُؤْكَلُ) ؛ لِأَنَّ مُكْثَهُ ذٰلِكَ حِيلَةٌ مِنْهُ لِلصَّيْدِ لَا اسْتِرَاحَةٌ فَلَا يَقْطَعُ الإِرْسَالَ (وَكَذَا الكَلْبُ إِذَا اعْتَادَ عَادَتَهُ، وَلَوْ أَخَذَ الكَلْبُ صَيْدًا فَقَتَلَهُ ثُمَّ أَخَذَ آخَرَ فَقَتَلَهُ وَقَدْ أَرْسَلَهُ صَاحِبُهُ أُكِلَا جَمِيعًا) ؛ لِأَنَّ الإِرْسَالَ قَائِمٌ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ رَمَىٰ سَهْمًا إِلَىٰ صَيْدٍ فَأَصَابَهُ وَأَصَابَ آخَرَ (وَلَوْ قَتَلَ الأَوَّلَ فَجَثَمَ عَلَيْهِ طَوِيلًا مِنَ النَّهَارِ ثُمَّ مَرَّ بِهِ صَيْدٌ آخَرُ فَقَتَلَهُ لَا يُؤْكَلُ الثَّانِي) لِانْقِطَاعِ الإِرْسَالِ بِمُكْثِهِ إِذْ لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ حِيلَةً مِنْهُ لِلْأَخْذِ وَإِنَّمَا كَانَ اسْتِرَاحَةً، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ أَرْسَلَ بَازِيَهُ المُعَلَّمَ عَلَىٰ صَيْدٍ فَوَقَعَ عَلَىٰ شَيْءٍ ثُمَّ اتَّبَعَ الصَّيْدَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ) وَهٰذَا إِذَا لَمْ يَمْكُثْ زَمَانًا طَوِيلًا لِلِاسْتِرَاحَةِ، وَإِنَّمَا مَكَثَ سَاعَةً لِلتَّمْكِينِ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِي الكَلْبِ (وَلَوْ أَنَّ بَازِيًا مُعَلَّمًا أَخَذَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ وَلَا يُدْرَىٰ أَرْسَلَهُ إِنْسَانٌ أَمْ لَا لَا يُؤْكَلُ) لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي الإِرْسَالِ، وَلَا تَثْبُتُ الإِبَاحَةُ بِدُونِهِ.

قوله: وَكَذَا الكَلْبُ إِذَا اعْتَادَ عَادَتَهُ، أي عادة الفهد.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وهو قوله: فَكَمَنَ حَتَّىٰ يَسْتَمْكِنَ.

قوله: وَلَوْ أَرْسَلَ بَازِيَهُ المُعَلَّمَ عَلَىٰ صَيْدٍ فَوَقَعَ عَلَىٰ شَيْءٍ، إلىٰ آخره، من عادة البازي أنه يقع علىٰ شيء وينظر إلىٰ صيده الثانية من الجانب الذي يتمكّن من أخذه، فهو بمنزلة كمين الفهد فلا ينقطع به فور الإرسال.

قَالَ: (وَإِنْ خَنَقَهُ الكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ لَمْ يُؤْكَلْ) ؛ لِأَنَّ الجُرْحَ شَرْطُ عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهٰذَا يَدُلُّكَ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِالْكَسْرِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا كَسَرَ عُضْوًا فَقَتَلَهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ؛ لِأَنَّهُ جِرَاحَةٌ بَاطِنَةٌ فَهِيَ كَالْجِرَاحَةِ الظَّاهِرَةِ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ جُرْحٌ يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِإِنْهَارِ الدَّمِ وَلَا يَحْصُلُ ذٰلِكَ بِالْكَسْرِ فَأَشْبَهَ التَّخْنِيقَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيٍّ أَوْ كَلْبٌ لَمْ يَذْكُرِ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ) يُرِيدُ بِهِ عَمْدًا (لَمْ يُؤْكَلْ) لِمَا رَوَيْنَا فِي حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّهُ اجْتَمَعَ المُبِيحُ وَالْمُحْرِمُ فَيَغْلِبُ جِهَةُ الحُرْمَةِ نَصًّا أَوِ احْتِيَاطًا (وَلَوْ رَدَّهُ عَلَيْهِ الكَلْبُ الثَّانِي وَلَمْ يَجْرَحْهُ مَعَهُ وَمَاتَ بِجُرْحِ الأَوَّلِ يُكْرَهُ أَكْلُهُ) لِوُجُودِ المُشَارَكَةِ فِي الأَخْذِ وَفَقْدِهَا فِي الجُرْحِ،

قوله: فَيَغْلِبُ جِهَةُ الحُرْمَةِ نَصًّا، أي بالنصِّ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ما اجتمعَ الحلالُ والحرامُ في شيءٍ إلَّا وقد غلب الحرامُ الحلالَ»، أَوِ احْتِيَاطًا، لأنَّ الحرام واجبُ التَّرك والحلال جائز التَّرك فكان الاحتياط في التَّرك.

قوله: وَلَوْ رَدَّهُ عَلَيْهِ الكَلْبُ الثَّانِي، أي ولو ردَّ الكلبُ الثاني الصيدَ على الكلب الأولىٰ، يعني إذا كان الصيدُ يفرُّ من الكلب الأوَّل فاستقبله كلبٌ آخر غير معلمٍ فردَّه حتَّىٰ أخذه الكلب الأول يكره أكله، قيل كراهة تنزيهٍ، وقيل كراهة تحريمٍ، وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانِي، فالحاصلُ أن ههنا فصولًا ثلاثةً، في الأول الحرمة وهو فيما إذا شاركَ الكلبَ المعلم كلب غير معلم في الأخذ والجرح، وفي الثانِي الكراهة وهو فيما إذا عاونه غير المعلم في أخذ الصيد ولم يشاركه في الأخذ والجرح، بل ردَّ الصيد إليه حتَّىٰ

وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهُ المَجُوسِيُّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ لَا يُكْرَهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ المَجُوسِيِّ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ فِعْلِ الكَلْبِ فَلَا تَتَحَقَّقُ المُشَارَكَةُ وَتَتَحقَّقُ بَيْنَ فِعْلَي الكَلْبَيْنِ لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ (وَلَوْ لَمْ يَرُدَّهُ الكَلْبُ الثَّانِي عَلَىٰ الأَوَّلِ لٰكِنَّهُ أَشَدَّ عَلَى الأَوَّلِ حَتَّىٰ اشْتَدَّ عَلَى الصَّيْدِ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ) ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي أَثَّرَ فِي الكَلْبِ المُرْسَلِ دُونَ الصَّيْدِ حَيْثُ ازْدَادَ بِهِ طَلَبًا فَكَانَ تَبَعًا لِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَلَا يُضَافُ الأَخْذُ إِلَىٰ التَّبَعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَدَّهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ تَبَعًا فَيُضَافُ إِلَيْهِمَا.

قَالَ: (وَإِذَا أَرْسَلَ المُسْلِمُ كَلْبَهُ فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ) وَالْمُرَادُ بِالزَّجْرِ الإِغْرَاءُ بِالصِّيَاحِ عَلَيْهِ، وَبِالِانْزِجَارِ إِظْهَارُ زِيَادَةِ الطَّلَبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ الفِعْلَ يُرْفَعُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ أَوْ مِثْلُهُ كَمَا فِي نَسْخِ الآيِ، وَالزَّجْرُ دُونَ الإِرْسَالِ لِكَوْنِهِ بِنَاءً عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَهُ مَجُوسِيٌّ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ لَمْ يُؤْكَلْ) ؛

أخذه الأول، فلمَّا انفرد الأول في الأخذ والجرح غلب جانب الحلِّ، فأوْجَبَ إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة، لعدم المشاركة في الأخذ والجرح، وفي الثالث الإباحة، وهو فيما إذا ازداد اشتداد الأوَّل بسبب غير المعلم، فلم يوجب الحرمةَ ولا الكراهةَ لعدم مشاركته وإعانته في الصيد، بل كان أثر فعله في الكلب لا في الصيد، فلم يوجب الكراهة في الصيد لذلك.

قوله: كَمَا فِي نَسْخِ الآيِ، فإنَّ نسخ المحكم إنَّما يكون بالمحكم، ولا يكون نسخ

لِأَنَّ الزَّجْرَ دُونَ الإِرْسَالِ وَلِهٰذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ شُبْهَةُ الحُرْمَةِ فَأَوْلَىٰ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الحِلُّ، وَكُلُّ مَنْ لَا تَجُوزُ ذَكَاتُهُ كَالْمُرْتَدِّ وَالْمُحْرِمِ وَتَارِكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ المَجُوسِيِّ (وَإِنْ لَمْ يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ فَأَخَذَ الصَّيْدَ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ) ؛ لِأَنَّ الزَّجْرَ مِثْلُ الِانْفِلَاتِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَهُوَ فَوْقَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فِعْلُ المُكَلَّفِ فَاسْتَوَيَا فَصَلَحَ نَاسِخًا (وَلَوْ أَرْسَلَ المُسْلِمُ كَلْبَهُ عَلَىٰ صَيْدٍ وَسَمَّىٰ فَأَدْرَكَهُ فَضَرَبَهُ وَوَقَذَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ أُكِلَ، وَكَذَا إِذَا أَرْسَلَ

المحكم بالمجمل.

قوله: وَلِهٰذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ شُبْهَةُ الحُرْمَةِ فَأَوْلَىٰ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الحِلُّ، يعني إذا أرْسَل المسلمُ فزجر المجوسيّ لم تثبت شبهة الحرمة فأوْلىٰ أن لا يثبت به الحلُّ فيما إذا زجره المسلم بعد إرسال المجوسيّ، لأنَّ الحرمة أسْرَع ثبوتـًا، لأنَّ مبناها على الاحتياط، فلمَّا لم يؤثر فيما هو أسْرَع ثبوتـًا فلأَن لا يؤثر فيما هو أبطأُ ثبوتـًا وهو الحلُّ أوْلىٰ.

قوله: لِأَنَّ الزَّجْرَ مِثْلُ الِانْفِلَاتِ، من حيثُ إنَّ كل واحدٍ منهما غيرُ مشروطٍ في حلِّ الصيد، بخلاف الإرسال، والقياسُ أن لا يحله بزجر المسلم لأنَّ زجره ليس بإرسالٍ، وبدون الإرسال لا يحلُّ لأنه شرطٌ، وجه الاستحسان أنه لمَّا انزجرَ بزجره جعلَ ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال، فإن قيل: الزجرُ بناء على الانفلات فكان الزجر دون الانفلات، والشيءُ لا يرتفعُ بما هو دونه كما في الإرسال والزجر؟ قلنا: الزجر مثل الانفلات، لأنه وإن كان فوقه بحسب السبق فهو دونه من حيث إنه فعل المكلف، فاستويا فصلح ناسخـًا، أمَّا الإرسال فهو سابقٌ، وفعل المكلَّف والزجر لاحقٌ، وإن كان فعل المكلَّف فكان دونه فلا يرتفعُ به.

كَلْبَيْنِ فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ) ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنِ الجَرْحِ بَعْدَ الجَرْحِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ فَجُعِلَ عَفْوًا (وَلَوْ أَرْسَلَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَلْبًا فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا وَقَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ) لِمَا بَيَّنَّا (وَالْمِلْكُ لِلْأَوَّلِ) ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ أَخْرَجَهُ عَنْ حَدِّ الصَّيْدِيَّةِ إِلَّا أَنَّ الإِرْسَالَ مِنَ الثَّانِي حَصَلَ عَلَىٰ الصَّيْدِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الإِبَاحَةِ وَالْحُرْمَةِ حَالَةُ الإِرْسَالِ فَلَمْ يَحْرُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الإِرْسَالُ مِنَ الثَّانِي بَعْدَ الخُرُوجِ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ بِجَرْحِ الكَلْبِ الأَوَّلِ.

قوله: وَقَتَلَهُ الآخَرُ ... لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنِ الجَرْحِ بَعْدَ الجَرْحِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ فَجُعِلَ عَفْوًا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الإِرْسَالُ مِنَ الثَّانِي بَعْدَ الخُرُوجِ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ بِجَرْحِ الكَلْبِ الأَوَّلِ، حيثُ لا يحلُّ أكله، لأنَّ الصيدَ بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاةً بعد ذلك بالذبح في المذبح، فجرحُ الكلب في مثله موجبٌ للحرمة، فلمَّا اجتمعَ فيه الموجبُ للحرمة، والموجبُ للحلِّ يغلبُ الموجبَ للحرمة، وكذلك حكم الرمي على التفصيل علىٰ ما يجيء إن شاء الله تعالىٰ.

فَصْلٌ فِي الرَّمْيِ

(وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا ظَنَّهُ حِسَّ صَيْدٍ فَرَمَاهُ أَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا أَوْ بَازِيًا عَلَيْهِ فَأَصَابَ صَيْدًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ صَيْدٍ حَلَّ الْمُصَابُ) أَيَّ صَيْدٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الِاصْطِيَادَ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذٰلِكَ الخِنْزِيرَ لِتَغْلِيظِ التَّحْرِيمِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا تَثْبُتُ الإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلَافِ السِّبَاعِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي جِلْدِهَا وَزُفَرُ خَصَّ مِنْهَا مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لِأَنَّ

فصل في الرمي

قوله: وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا - أي صوتًا خفيًّا - ظَنَّهُ حِسَّ صَيْدٍ، أي ظنَّ أنَّ المسموع حسُّ صيدٍ فرمىٰ فأصاب صيدًا، أي غير الذي سمع صوته، لأنَّ النكرة إذا أعيدت نكرةً كان الثاني غير الأول، ثمَّ تبيَّن أنه حسُّ صيدٍ، أي تبيَّن أنَّ المسموع حس صيدٍ يحتاج في أكله إلى الذبح أو الجرح، ويحترَز بهذا القيد عمَّا إذا ظنَّه طير الماء فظهرَ أنه سمكةٌ، أو صيدًا فظهر أنه جرادٌ، لم يؤكل المصاب في روايةٍ، ويؤكل في أخرىٰ.

قوله: أَيَّ صَيْدٍ كَانَ، أي المسموعُ حسُّه أيَّ صيدٍ كان يُؤكل لحمه أم لا؟

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذٰلِكَ الخِنْزِيرَ، أي إن كان الحسُّ حسَّ خنزيرٍ لا يحلُّ تناولُ ما أصابه من الصيد، بخلاف سائر السباع لأنَّ فعله في سائر السباع مؤثِّرٌ في طهارة الجلد فجازَ أن يؤثر في إباحة لحمِ ما أصابه.

الإِرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلْإِبَاحَةِ وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسْمَ الِاصْطِيَادِ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَأْكُولِ فَوَقَعَ الفِعْلُ اصْطِيَادًا وَهُوَ فِعْلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِبَاحَةُ التَّنَاوُلِ تَرْجِعُ إِلَى المَحَلِّ فَتَثْبُتُ بِقَدْرِ مَا يَقْبَلُهُ لَحْمًا وَجِلْدًا، وَقَدْ لَا تَثْبُتُ إِذَا لَمْ يَقْبَلْهُ، وَإِذَا وَقَعَ اصْطِيَادًا صَارَ كَأَنَّهُ رَمَىٰ إِلَىٰ صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ (وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ أَهْلِيٍّ لَا يَحِلُّ المُصَابُ) ؛ لِأَنَّ الفِعْلَ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ (وَالطَّيْرُ الدَّاجِنُ الَّذِي يَأْوِي البُيُوتَ أَهْلِيٌّ وَالظَّبْيُ المُوَثَّقُ بِمَنْزِلَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ طَائِرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَمَرَّ الطَّائِرُ وَلَا يَدْرِي وَحْشِيٌّ هُوَ أَوْ غَيْرُ وَحْشِيٍّ حَلَّ الصَّيْدُ) ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِيهِ التَّوَحُّشُ (وَلَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ بَعِيرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَلَا يَدْرِي نَادٌّ هُوَ أَمْ لَا لَا يَحِلُّ الصَّيْدُ) ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الِاسْتِئْنَاسُ (وَلَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ فَأَصَابَ صَيْدًا يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) ؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ، وَفِي أُخْرَىٰ عَنْهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَا ذَكَاةَ فِيهِمَا (وَلَوْ رَمَىٰ فَأَصَابَ المَسْمُوعَ حِسُّهُ وَقَدْ ظَنَّهُ آدَمِيًّا فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ يَحِلُّ) ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ

قوله: وَالظَّبْيُ المُوَثَّقُ بِمَنْزِلَتِهِ، أي بمنزلة الدَّاجن لِمَا بيَّنا أي لأنَّ الفعل ليس باصطياد.

قوله: لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ، وهذا بخلاف ما إذا أصابَ سهمه صيدًا والمسموعُ حسَّه إنسانٌ وقد ظنَّه صيدًا حيث لا يحلُّ المصاب، لأنَّ رميه هنا توجَّه إلى المسموع حسَّه وهو ليسَ بصيدٍ فلم يكن فعله اصطيادًا، وفيما إذا أصابَ المسموع حسَّه

بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ (فَإِذَا سَمَّى الرَّجُلُ عِنْدَ الرَّمْيِ أُكِلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَ السَّهْمُ فَمَاتَ) ؛ لِأَنَّهُ ذَابِحٌ بِالرَّمْيِ لِكَوْنِ السَّهْمِ آلَةً لَهُ فَتُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ، وَجَمِيعُ البَدَنِ مَحَلٌّ لِهٰذَا النَّوْعِ مِنَ الذَّكَاةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الجَرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ) وَقَدْ بَيَّنَّاهَا بِوُجُوهِهَا، وَالِاخْتِلَافِ فِيهَا فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ فَتَحَامَلَ حَتَّىٰ غَابَ عَنْهُ وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّىٰ أَصَابَهُ مَيِّتًا أُكِلَ، وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ ثُمَّ أَصَابَهُ مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ)، لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّامِي وَقَالَ: لَعَلَّ هَوَامَّ الأَرْضِ قَتَلَتْهُ» وَلِأَنَّ احْتِمَالَ المَوْتِ بِسَبَبٍ آخَرَ قَائِمٌ فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّ المَوْهُومَ فِي هٰذَا كَالْمُتَحَقِّقِ لِمَا رَوَيْنَا، إِلَّا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةَ أَنْ لَا يَعْرَى

وإنه صيده وقد توجَّه رميه إليه وقع فعله اصطيادًا فلم يعتبَر ظنُّه أنه إنسانٌ مع تعينه للرمي.

قوله: فَتَحَامَلَ، التحاملُ فِي المشي أن يتكلفه علىٰ مشقَّةٍ وإعياء، يقال: تحاملتُ فِي المشي، ومنه: رُبَّما يتحامل الصيد ويتطيَّر، أي يتكلف الطيران، والتحامل أيضًا الظلم، يقال: تحامل علىٰ فلانٍ، إذا لم يعدل، إلا أنَّ الأول يحمل نفسه علىٰ تكلف المشي، والثَّانِي يحمل الظلم على الآخر.

قوله: إِلَّا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةَ أَنْ لَا يَعْرَى الِاصْطِيَادُ عَنْهُ،

الِاصْطِيَادُ عَنْهُ، وَلَا ضَرُورَةَ فِيمَا إذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ لِإِمْكَانِ التَّحَرُّزِ عَنْ تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ عَمَلِهِ، وَالَّذِي رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ فِي قَوْلِهِ إنَّ مَا تَوَارَىٰ عَنْهُ إذَا لَمْ يَبِتْ يَحِلُّ فَإِذَا بَاتَ لَيْلَةً لَمْ يَحِلَّ (وَلَوْ وُجِدَ بِهِ جِرَاحَةٌ سِوَىٰ جِرَاحَةِ سَهْمِهِ لَا يَحِلُّ) ؛ لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ فَاعْتُبِرَ مُحَرِّمًا، بِخِلَافِ وَهْمِ الْهَوَامِّ وَالْجَوَابُ فِي إرْسَالِ الْكَلْبِ فِي هٰذَا كَالْجَوَابِ فِي الرَّمْيِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا رَمَىٰ صَيْدًا فَوَقَعَ فِي الْمَاءِ أَوْ وَقَعَ عَلَىٰ سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّىٰ مِنْهُ إلَى الْأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ) ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَرَدِّيَةُ وَهِيَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ،

فإن قيل: يكون في إسقاط اعتباره تخصيص العلة، إذ العلة منصوصةٌ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لعلَّ هَوَامَّ الأرضِ قتلَته» وتخصيص العلة لا يجوز؟ قلنا: هذا ليسَ بتخصيص العلة، بل هذا تخصيصُ النصِّ وإنه جائزٌ، ولأنَّا نقول: العلة إنَّما تكون علةً عند تعريته عن الحرج العظيم، وفي اعتباره حرجٌ عظيمٌ فلا تكون العلة متحقِّقةً، فلا يكون تخصيص العلَّة.

قوله: بِخِلَافِ وَهْمِ الْهَوَامِّ، فإنَّ احتمال قتل الهوامِّ لازمٌ في كلِّ صيدٍ يغيب عن عين الصائد، فسقطَ اعتبارُ ذلك ما دامَ في طلبه، كيلا ينسدُّ باب الاصطياد عنه عادةً، بخلاف ما إذا وجدَ به جراحةً سوىٰ جراحة السهم حيث لا يحلُّ لاحتمال الموت بِها، وهذا الاحتمال ليسَ بلازمٍ في كلِّ ما يغيبُ عن العين فلا يسقطُ عبْرَته.

قوله: وَإِذَا رَمَىٰ صَيْدًا فَوَقَعَ فِي الْمَاءِ أَوْ وَقَعَ عَلَىٰ سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّىٰ مِنْهُ إلَى الْأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ، هذا إذا لم يقع الجرح مهلكـًا في الحال، أمَّا إذا وقع الجرح مهلكـًا

وَلِأَنَّهُ احْتَمَلَ المَوْتَ بِغَيْرِ الرَّمْيِ؛ إِذِ المَاءُ مُهْلِكٌ وَكَذَا السُّقُوطُ مِنْ عَالٍ، يُؤَيِّدُ ذٰلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «وَإِنْ وَقَعَتْ رَمِيَّتُكَ فِي المَاءِ فَلَا تَأْكُلْ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَنَّ المَاءَ قَتَلَهُ أَوْ سَهْمُكَ» (وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، وَفِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ الِاصْطِيَادِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ سَبَبَ الحُرْمَةِ وَالْحِلِّ إِذَا اجْتَمَعَا وَأَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عَمَّا هُوَ سَبَبُ الحُرْمَةِ تُرَجَّحُ جِهَةُ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ جَرَىٰ وُجُودُهُ مَجْرَىٰ عَدَمِهِ؛ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الوُسْعِ، فَمِمَّا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَىٰ شَجَرٍ أَوْ حَائِطٍ أَوْ آجُرَّةٍ ثُمَّ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ أَوْ رَمَاهُ، وَهُوَ عَلَىٰ جَبَلٍ فَتَرَدَّىٰ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَىٰ مَوْضِعٍ حَتَّىٰ تَرَدَّىٰ إِلَى الأَرْضِ، أَوْ رَمَاهُ فَوَقَعَ عَلَىٰ رُمْحٍ مَنْصُوبٍ أَوْ عَلَىٰ قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ أَوْ عَلَىٰ حَرْفِ آجُرَّةٍ لِاحْتِمَالِ أَنَّ حَدَّ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ

والحياة التي بقيت في الصيد مثلَ الحياة في المذبوح بعد الذبح، فوقعَ في الماء أو على السطح أو على الجبل ثمَّ تردَّىٰ إلى الأرض لم يضرُّ، بل يؤكل علىٰ ما قال في هذا الفصل، ولهذا لو وَقَع في الماء وبه هذا القدرُ من الحياة، أو تردَّىٰ من جبلٍ أو سطحٍ لا يحرم، وإنَّما قيَّد بقوله: ثُمَّ تَرَدَّىٰ مِنْهُ إِلَى الأَرْضِ، لأنه إذا وقع على الجبل ابتداءً أو على السطح فاستقرَّ عليه ولم يتَرد تؤكل، وفي الذخيرة: وإذا أصابَ السهمُ الصيدَ فوقع على السطح أو على الأرض من الهواء ومات فإنه يؤكل استحساناً، ولو وقعَ على السطح ثمَّ على الأرض فإنه لا يؤكل لأنَّ هذه متردِّية.

قَتَلَهُ، وَمِمَّا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ عَلَىٰ مَا هُوَ مَعْنَاهُ كَجَبَلٍ أَوْ ظَهْرِ بَيْتٍ أَوْ لَبِنَةٍ مَوْضُوعَةٍ أَوْ صَخْرَةٍ فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ وُقُوعَهُ عَلَيْهِ وَعَلَى الأَرْضِ سَوَاءٌ، وَذُكِرَ فِي المُنْتَقَىٰ: لَوْ وَقَعَ عَلَىٰ صَخْرَةٍ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ لَمْ يُؤْكَلْ لِاحْتِمَالِ المَوْتِ بِسَبَبٍ آخَرَ، وَصَحَّحَهُ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ، وَحُمِلَ مُطْلَقُ المَرْوِيِّ فِي الأَصْلِ عَلَىٰ غَيْرِ حَالَةِ الِانْشِقَاقِ، وَحَمَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ مَا أَصَابَهُ حَدُّ الصَّخْرَةِ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ بِذَٰلِكَ، وَحَمَلَ المَرْوِيَّ فِي الأَصْلِ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهُ مِنَ الآجُرَّةِ إِلَّا مَا يُصِيبُهُ مِنَ الأَرْضِ لَوْ وَقَعَ عَلَيْهَا وَذَٰلِكَ عَفْوٌ وَهَٰذَا أَصَحُّ وَإِنْ كَانَ الطَّيْرُ مَائِيًّا، فَإِنْ كَانَتِ الجِرَاحَةُ لَا تَنْغَمِسُ فِي المَاءِ أُكِلَ، وَإِنِ انْغَمَسَتْ لَا يُؤْكَلُ كَمَا إِذَا وَقَعَ فِي المَاءِ.

قَالَ: (وَمَا أَصَابَهُ المِعْرَاضُ بِعَرْضِهِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ جَرَحَهُ يُؤْكَلُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيهِ «مَا أَصَابَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، وَمَا أَصَابَ بِعَرْضِهِ

قوله: وَحَمَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - أي حمل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ ما ذكر في المنتقىٰ - عَلَىٰ مَا - إذا - أَصَابَهُ حَدُّ الصَّخْرَةِ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ بِذَٰلِكَ، وهذا سببٌ لموته سوى الذكاة، وحمل المرويَّ في الأصل علىٰ أنه لم يصبه من الآجرة إلَّا ما يصيبه من الأرض لو وقعَ عليها، وذلك عفوٌ، وليس هذا باختلاف الرواية، في الصحيح: المعراض السهم بلا ريشٍ يمضي عرضاً فيصيب بعرضه لا بحدِّه، كذا في المغرب، وفيه أيضاً: البندقة طينةٌ مدوَّرة يرمي بها ويقال لها الجلاهق.

فَلَا تَأْكُلْ» وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الجَرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْهُ البُنْدُقَةُ فَمَاتَ بِهَا) ؛ لِأَنَّهَا تَدُقُّ وَتَكْسِرُ وَلَا تَجْرَحُ فَصَارَ كَالْمِعْرَاضِ إِذَا لَمْ يَخْزِقْ، وَكَذٰلِكَ إِنْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ، وَكَذَا إِنْ جَرَحَهُ قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ ثَقِيلًا وَبِهِ حِدَّةٌ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإِنْ كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا وَبِهِ حِدَّةٌ يَحِلُّ لِتَعَيُّنِ المَوْتِ بِالْجَرْحِ، وَلَوْ كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا، وَجَعَلَهُ طَوِيلًا كَالسَّهْمِ وَبِهِ حِدَّةٌ فَإِنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ بِجَرْحِهِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِمَرْوَةٍ حَدِيدَةٍ وَلَمْ تُبْضِعْ بِضْعًا لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَكَذَا إِذَا رَمَاهُ بِهَا فَأَبَانَ رَأْسَهُ أَوْ قَطَعَ أَوْدَاجَهُ؛ لِأَنَّ العُرُوقَ تَنْقَطِعُ بِثِقَلِ الحَجَرِ كَمَا تَنْقَطِعُ بِالْقَطْعِ فَوْقَ الشَّكِّ أَوْ لَعَلَّهُ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِعَصًا أَوْ بِعُودٍ حَتَّىٰ قَتَلَهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ ثِقَلًا لَا جَرْحًا، اَللّٰهُمَّ إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ حِدَّةٌ يُبْضِعُ بِضْعًا فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّيْفِ وَالرُّمْحِ وَالْأَصْلُ فِي هٰذِهِ المَسَائِلِ أَنَّ المَوْتَ إِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الجُرْحِ بِيَقِينٍ كَانَ الصَّيْدُ حَلَالًا، وَإِذَا كَانَ

قوله: فَصَارَ كَالْمِعْرَاضِ إِذَا لَمْ يَخْزِقْ، أي المعراض إذا لم يخزق لا يؤكل فكذا في البندقة، خَزق المعراضُ أي نفذ، وبالراء المهملة تصحيفٌ، والمروة حجر أبيضُ رقيقٌ كالسكين له حَدٌّ يذبحُ به.

قوله: اَللّٰهُمَّ إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ حِدَّةٌ يُبْضِعُ، «اللّٰهمّ» كلمةٌ يُؤتىٰ بِها قبل الاستثناء إذا كان المستثنىٰ عزيزًا نادرًا، وكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشيئة الله تعالىٰ في إثبات كونه

مُضَافًا إِلَىٰ الثِّقَلِ بِيَقِينٍ كَانَ حَرَامًا، وَإِنْ وَقَعَ الشَّكُّ وَلَا يَدْرِي مَاتَ بِالْجَرْحِ أَوْ بِالثِّقَلِ كَانَ حَرَامًا احْتِيَاطًا، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ أَوْ بِسِكِّينٍ فَأَصَابَهُ بِحَدِّهِ فَجَرَحَهُ حَلَّ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِقَفَا السِّكِّينِ أَوْ بِمِقْبَضِ السَّيْفِ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَالْحَدِيدُ وَغَيْرُهُ فِيهِ سَوَاءٌ وَلَوْ رَمَاهُ فَجَرَحَهُ وَمَاتَ بِالْجُرْحِ، إِنْ كَانَ الجُرْحُ مُدْمِيًا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدْمِيًا فَكَذٰلِكَ عِنْدَ بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ سَوَاءٌ كَانَتِ الجِرَاحَةُ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً؛ لِأَنَّ الدَّمَ قَدْ يَحْتَبِسُ بِضِيقِ المَنْفَذِ أَوْ غِلَظِ الدَّمِ وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ يُشْتَرَطُ الإِدْمَاءُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ فَكُلْ» شَرَطَ الإِنْهَارَ، وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ إِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً حَلَّ بِدُونِ الإِدْمَاءِ، وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً وَلَمْ يَسِلْ مِنْهُ الدَّمُ قِيلَ لَا تَحِلُّ وَقِيلَ تَحِلُّ وَوَجْهُ القَوْلَيْنِ دَخَلَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِذَا أَصَابَ السَّهْمُ ظِلْفَ الصَّيْدِ أَوْ قَرْنَهُ، فَإِنْ أَدْمَاهُ حَلَّ وَإِلَّا فَلَا، ....

ووجوده، إيذانـًا بأنه لمغ من النُّدرة حدَّ الشذوذ.

قوله: وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً وَلَمْ يَسِلْ مِنْهُ الدَّمُ قِيلَ لَا تَحِلُّ، وهو قولُ أبي القاسم الصفَّار، لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدَّم النجس، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما أنْهَر الدَّم وأفرى الأوداج فكُلْ» وَقِيلَ تَحِلُّ، وهو قول أبي بكر الإسكاف، وكان يقول: لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة، علىٰ ما قال عليه الصلاة والسلام: «الذكاةُ ما بين اللَّبة واللحيين»، وقد يحتبسُ بعض الدم في العروق بحابسٍ يحبسه، كما إذا أكلت الشاة الغمات، وذلك غير موجبٍ للحرمة بالاتّفاق فهذا مثله، كذا في المبسوط.

وَهٰذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا رَمَىٰ صَيْدًا فَقَطَعَ عُضْوًا مِنْهُ أُكِلَ الصَّيْدُ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَا يُؤْكَلُ العُضْوُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: أُكِلَا إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَانٌ بِذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ فَيَحِلُّ المُبَانُ وَالْمُبَانُ مِنْهُ كَمَا إِذَا أُبِينَ الرَّأْسُ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَمُتْ؛ لِأَنَّهُ مَا أُبِينَ بِالذَّكَاةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ» ذِكْرُ الحَيِّ مُطْلَقًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَالْعُضْوُ المُبَانُ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ حَقِيقَةً لِقِيَامِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ تُتَوَهَّمُ سَلَامَتُهُ بَعْدَ هٰذِهِ الجِرَاحَةِ وَلِهٰذَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ حَيًّا، حَتَّىٰ لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَفِيهِ حَيَاةٌ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ يَحْرُمُ وَقَوْلُهُ أُبِينَ بِالذَّكَاةِ قُلْنَا حَالَ وُقُوعِهِ لَمْ يَقَعْ ذَكَاةً لِبَقَاءِ الرُّوحِ فِي البَاقِي، وَعِنْدَ زَوَالِهِ لَا يَظْهَرُ فِي المُبَانِ لِعَدَمِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَلَا تَبَعِيَّةَ لِزَوَالِهَا بِالِانْفِصَالِ فَصَارَ هٰذَا

قوله: وَهٰذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي يؤيد قول أبي القاسم الصفار علىٰ ما ذكرناه.

قوله: أُكِلَ الصَّيْدُ، لِمَا بَيَّنَّاه، أي لما بيَّنا أنَّ الرميَ مع الجَرح مبيحٌ، فلمَّا قطع العضوَ كان الجرح موجودًا لا محالةَ فيحلُّ.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: أُكِلَا إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ، قيَّد به لأنه لو لم يمت من القطع الذي حَصَل به الإبانة، واحتيج إلىٰ ذكاةٍ أخرىٰ فإنَّ المبان لا يحلُّ.

قوله: وَلَا تَبَعِيَّةَ لِزَوَالِهَا، أي لزوال التبعية بالانفصال.

الحَرْفُ هُوَ الأَصْلُ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنَ الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لَا يَحِلُّ، وَالْمُبَانُ مِنَ الحَيِّ صُورَةً لَا حُكْمًا يَحِلُّ وَذٰلِكَ بِأَنْ يَبْقَىٰ فِي المُبَانِ مِنْهُ حَيَاةٌ بِقَدْرِ مَا يَكُونُ فِي المَذْبُوحِ فَإِنَّهُ حَيَاةٌ صُورَةً لَا حُكْمًا، وَلِهٰذَا لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَبِهِ هٰذَا القَدْرُ مِنَ الحَيَاةِ أَوْ تَرَدَّىٰ مِنْ جَبَلٍ أَوْ سَطْحٍ لَا يَحْرُمُ فَتُخَرَّجُ عَلَيْهِ المَسَائِلُ، فَنَقُولُ: إِذَا قَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا أَوْ فَخِذًا أَوْ ثُلُثَهُ مِمَّا يَلِي القَوَائِمَ أَوْ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ الرَّأْسِ يَحْرُمُ المُبَانُ وَيَحِلُّ المُبَانُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ فِي البَاقِي (وَلَوْ قَدَّهُ نِصْفَيْنِ أَوْ قَطَّعَهُ أَثْلَاثًا وَالْأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ أَوْ قَطَعَ نِصْفَ رَأْسِهِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ يَحِلُّ المُبَانُ وَالْمُبَانُ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ صُورَةً لَا حُكْمًا؛ إِذْ لَا يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ بَعْدَ هٰذَا الجُرْحِ، وَالْحَدِيثُ وَإِنْ تَنَاوَلَ السَّمَكَ وَمَا أُبِينَ مِنْهُ فَهُوَ مَيِّتٌ، إِلَّا أَنَّ مَيْتَتَهُ حَلَالٌ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ (وَلَوْ ضَرَبَ عُنُقَ شَاةٍ فَأَبَانَ رَأْسَهَا يَحِلُّ لِقَطْعِ الأَوْدَاجِ) وَيُكْرَهُ هٰذَا الصَّنِيعُ لِإِبْلَاغِهِ النُّخَاعَ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مِنْ قِبَلِ القَفَا، إِنْ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ لَا يَحِلُّ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ حَتَّىٰ قَطَعَ الأَوْدَاجَ حَلَّ (وَلَوْ ضَرَبَ صَيْدًا فَقَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا وَلَمْ يُبِنْهُ؛ إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ الِالْتِئَامُ وَالِانْدِمَالُ فَإِذَا مَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ) ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ أَجْزَائِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُتَوَهَّمُ بِأَنْ بَقِيَ مُتَعَلِّقًا بِجِلْدِهِ حَلَّ مَا سِوَاهُ لِوُجُودِ الإِبَانَةِ مَعْنًى وَالْعِبْرَةُ لِلْمَعَانِي.

قوله: بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وهو: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ».

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ صَيْدُ المَجُوسِيِّ وَالْمُرْتَدِّ وَالْوَثَنِيِّ) ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الذَّبَائِحِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا فِي إبَاحَةِ الصَّيْدِ بِخِلَافِ النَّصْرَانِيِّ وَالْيَهُودِيِّ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ اخْتِيَارًا فَكَذَا اضْطِرَارًا.

قَالَ: (وَمَنْ رَمَىٰ صَيْدًا فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ حَيِّزِ الِامْتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي وَيُؤْكَلُ) ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الآخِذُ، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَ» (وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَثْخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ وَلَمْ يُؤْكَلْ) لِاحْتِمَالِ المَوْتِ بِالثَّانِي، وَهُوَ لَيْسَ بِذَكَاةٍ لِلْقُدْرَةِ عَلَىٰ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ الرَّمْيُ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَنْجُو مِنْهُ الصَّيْدُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ المَوْتُ مُضَافًا إِلَى الرَّمْيِ الثَّانِي، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ بِأَنْ لَا يَبْقَىٰ فِيهِ مِنَ الحَيَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَبْقَىٰ فِي المَذْبُوحِ، كَمَا إِذَا أَبَانَ رَأْسَهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ المَوْتَ لَا يُضَافُ إِلَى الرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ بِمَنْزِلَةٍ، وَإِنْ كَانَ الرَّمْيُ الأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَعِيشُ مِنْهُ الصَّيْدُ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِيهِ مِنَ الحَيَاةِ أَكْثَرُ مِمَّا يَكُونُ بَعْدَ الذَّبْحِ بِأَنْ كَانَ يَعِيشُ يَوْمًا أَوْ دُونَهُ؛ فَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَحْرُمُ بِالرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ هٰذَا القَدْرَ مِنَ الحَيَاةِ لَا عِبْرَةَ بِهَا عِنْدَهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ هٰذَا القَدْرَ مِنَ الحَيَاةِ مُعْتَبَرٌ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ فَصَارَ الجَوَابُ فِيهِ وَالْجَوَابُ فِيمَا إِذَا

كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ سَوَاءٌ فَلَا يَحِلُّ.

قَالَ: (وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْأَوَّلِ غَيْرَ مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ) ؛ لِأَنَّهُ بِالرَّمْيِ أَتْلَفَ صَيْدًا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالرَّمْيِ الْمُثْخِنِ وَهُوَ مَنْقُوصٌ بِجِرَاحَتِهِ، وَقِيمَةُ الْمُتْلَفِ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الإِتْلَافِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: تَأْوِيلُهُ إِذَا عُلِمَ أَنَّ القَتْلَ حَصَلَ بِالثَّانِي بِأَنْ كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ الصَّيْدُ مِنْهُ وَالثَّانِي بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ الصَّيْدُ مِنْهُ لِيَكُونَ القَتْلُ كُلُّهُ مُضَافًا إِلَى الثَّانِيَ وَقَدْ قَتَلَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْأَوَّلِ مَنْقُوصًا بِالْجِرَاحَةِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَلًا، كَمَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا مَرِيضًا إِنْ عَلِمَ أَنَّ المَوْتَ يَحْصُلُ مِنَ الجِرَاحَتَيْنِ أَوْ لَا يَدْرِي قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَضْمَنُ الثَّانِي مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ ثُمَّ يُضَمِّنُهُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِجِرَاحَتَيْنِ ثُمَّ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ لَحْمِهِ، أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ جَرَحَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ وَقَدْ نَقَصَهُ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهُ أَوَّلًا، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ المَوْتَ حَصَلَ بِالْجِرَاحَتَيْنِ فَيَكُونُ هُوَ مُتْلِفًا نِصْفَهُ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِغَيْرِهِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِالْجِرَاحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الأُولَىٰ مَا كَانَتْ بِصُنْعِهِ، وَالثَّانِيَةُ ضَمِنَهَا مَرَّةً فَلَا يَضْمَنُهَا ثَانِيًا، ....

قوله: تَأْوِيلُهُ إِذَا عُلِمَ أَنَّ القَتْلَ حَصَلَ بِالثَّانِي، فإن علم أنه ماتَ من الأول فهو للأوَّل وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته، لأنَّ الأوَّل قد اصطاده والفعل من الثاني نقصَ ملك الأوَّل فيضمنُ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّ بِالرَّمْيِ الأَوَّلِ صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ لَوْلَا رَمْيُ الثَّانِي، فَهٰذَا بِالرَّمْيِ الثَّانِي أَفْسَدَ عَلَيْهِ نِصْفَ اللَّحْمِ فَيَضْمَنُهُ، وَلَا يَضْمَنُ النِّصْفَ الآخَرَ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ مَرَّةً فَدَخَلَ ضَمَانُ اللَّحْمِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ رَمَاهُ الأَوَّلُ ثَانِيًا فَالْجَوَابُ فِي حُكْمِ الإِبَاحَةِ كَالْجَوَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّامِي غَيْرَهُ، وَيَصِيرُ كَمَا إِذَا رَمَىٰ صَيْدًا عَلَىٰ قِمَّةِ جَبَلٍ فَأَثْخَنَهُ ثُمَّ رَمَاهُ ثَانِيًا فَأَنْزَلَهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ مُحَرَّمٌ، كَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الحَيَوَانِ وَمَا لَا يُؤْكَلُ) لِإِطْلَاقِ

قوله: وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّ بِالرَّمْيِ الأَوَّلِ صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ لَوْلَا رَمْيُ الثَّانِي، لأنَّ الأوَّل لمَّا أثْخَنه وأخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاةٍ مملوكةٍ لا يحلُّ بذكاة الاضطرار، ويحلُّ بذكاة الاختيار لو لم يكن رمي الثانِي، فهو بالرمي الثانِي أفْسَد عليه نصف اللحم فيضمنه، فإن قيل: لِمَ لا يدخل ضمان نصف اللحم في ضمان نصف قيمته؟ فإنَّ من أتْلَفَ شاة غيره يضمنُ قيمتها ولا يضمنُ لحمها ثانيـًا؟ قلنا: لمَّا مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصـًا بالجراحتين لأنه يكون متلفـًا نصفه حيثُ أضيفَ الموت إلىٰ فعلها ولكن منقوصـًا بالجراحتين، لأنَّ إحداهما بفعل الغير والأخرىٰ ضمنها مرَّةً، ثمَّ إنَّما يضمنُ قيمة لحم النصف الآخر لا الذي ضمنه مرَّةً، لأنَّ كلَّ الصيد كان منتفعـًا في حقِّ صاحبه بواسطة الذَّكاة والثانِي برميه أخرجه عن أن يكون منتفعـًا به في حقِّه فعُلِمَ أنَّ تكرُّر الضمان لا يكون بإزاء محلٍّ واحدٍ، بخلاف المستشهد، وإن لم يعلم بأيِّ الجراحتين ماتَ فهو كما لو علم بأنَّه ماتَ منهما، لأنَّ كل واحدٍ من الجراحتين سببُ القتل ظاهرًا فيُضاف إليهما.

قوله: فَالْجَوَابُ فِي حُكْمِ الإِبَاحَةِ، أي لا في حكم الضمان، لأنَّ الإنسانَ لا يضمن

مَا تَلَوْنَا وَالصَّيْدُ لَا يَخْتَصُّ بِمَأْكُولِ اللَّحْمِ، قَالَ قَائِلُـهُمْ: شعر:

صَيْدُ المُلُوكِ أَرَانِب وَثَعَالِب * وَإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِيَ الأَبْطَالُ

وَلِأَنَّ صَيْدَهُ سَبَبٌ لِلانْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ أَوْ شَعْرِهِ أَوْ رِيشَهِ أَوْ لِاسْتِدْفَاعِ شَرِّهِ وَكُلُّ ذٰلِكَ مَشْرُوعٌ.

* * *

بفعله لنفسه، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

* * *

تمَّ الجزءُ السَّابع من «الكفاية في شرح الهداية»

ويتلوه الجزء الثَّامن، وأوله «كتابُ الرَّهن»

فهرس المحتويات

المجلَّدُ السَّابع

كتاب الإكراه

كتاب الحجر

كتاب المأذون

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب القسمة

كتاب المزارعة

كتاب المساقاة

كتاب الذبائح

كتاب الأضحية

كتاب الكراهية

كتاب إحياء الموات

كتاب الأشربة

كتاب الصيد

❊ ❊ ❊